ACTIO INJURIARUM

DES

LÉSIONS INJURIEUSES EN DROIT ROMAIN

[ET EN DROIT FRANÇAIS]

PAR

RUD. VON JHERING

PROFESSEUR ORDINAIRE DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE GOETTINGEN

TRADUIT ET ANNOTÉ

PAR

O. DE MEULENAERE

CONSEILLER A LA COUR D'APPEL DE GAND

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AÎNÉ

CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS

20, rue Soufflot et 17, rue Victor-Cousin

1888

DE L'ACTIO INJURIARUM[×].

I. — Champ d'application de *l'actio injuriarum* dans le droit romain nouveau.

L'Edit du Préteur remplaça, comme on le sait, par *l'actio injuriarum*, les dispositions de détail que la loi des XII tables avait édictées au sujet des injures réelles et des injures verbales. Cette action permettait au juge, ou pour mieux dire, aux Récupérateurs, d'estimer librement l'injure[1], et fut renforcée plus tard par les dispositions de la *Lex Cornelia* sur les injures réelles et la violation de domicile[2]. Toutefois, la notion de l'injure ne subit aucune altération, et le juge conserva son pouvoir d'appréciation; mais la jurisprudence lui vint en aide par de nombreuses décisions d'espèces.

Quiconque voudra prêter à celles-ci une attention minutieuse ne pourra se défendre de cette impression que la jurisprudence nouvelle a donné à la sphère d'application de *l'actio injuriarum* une extension considérable. Elle la

---

(×) Les notes et additions faites par le traducteur sont imprimées en petits caractères et placées entre [ ].

(1) La formule disait : *Quantam pecuniam vobis* BONUM ÆQUUM *videbitur condemnari*. V. LENEL *Das Edictum perpetuum* p. 321. La première mention de l'action se trouve dans le *Senatusconsultum de Thisbaeis* (684).

(2) L. 5 pr. de injuriis (**47**.10) *pulsatum verberatumve domumve vi introitam*.

déclare admissible dans des cas où un juriste de la République eût à peine compris semblable application[3]. Je citerai, à titre d'exemples, la L. 25 de act. emti (**19**.1), dans laquelle Julien accorde cette action à l'acheteur qui, après la vente et la tradition de la chose vendue, se voit empêché par son vendeur d'aller prendre sur le fonds de ce dernier la vendange qui formait l'objet du contrat, et la L. 24 de injur. (**47**.10) dans laquelle Ulpien donne la même action contre celui qui défend au propriétaire de vendre son esclave. Les textes qui suivent montrent avec quelle retenue la jurisprudence ancienne appliquait la dite action.

Dans la L. 44 de injur. (**47**.10), Javolenus déclare *l'actio injuriarum* admissible là où Labéon l'avait encore refusée. *Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret; aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut projecerit aut infuderit, negat Labeo injuriarum agi posse; quod falsum puto, si tamen injuriae faciendae causa immittitur.*

D'après la L. 1 § 38 Depositi (**16**.3), Labéon n'avait voulu accorder contre le dépositaire qui s'était permis de donner lecture du testament déposé, que *l'actio depositi*, tandis qu'Ulpien déclare que *l'actio injuriarum* doit également être admise. Dans la L. 22 § 3 quod vi (**43**.24), sur laquelle je reviendrai, Trebatius, dans un cas qui semblait fait exprès pour *l'actio injuriarum*, a recours, pour sortir d'embarras, à l'interdit *quod vi* qui est absolument inapplicable dans l'espèce, et Labéon, tout en critiquant à juste titre cette manière de voir, n'indique point l'action qui nous occupe. Enfin, dans la L. 13 § 7 de injur. (**47**.10), Ulpien fait, à propos du cas : *si quis me prohibeat in mari piscari*, cette remarque : *sunt*, QUI PUTENT, *injuriarum me posse*

[3] D'après KELLER *Pandekten* § 376, les Romains auraient déjà, depuis les temps les plus reculés, pris la notion de *l'injuria* dans le sens le plus large.

agere, et ita Pomponius; ce qui prouve que, même du temps de Pomponius, cette opinion était encore relativement neuve.

Quelle est la cause de cette extension de *l'actio injuriarum?* A mesure que la civilisation se développe et que le sentiment s'affine, on voit, chez tous les peuples, le sentiment de l'honneur s'élever également, devenir plus délicat, plus sensible. Un romain ancien aurait eu peine à comprendre qu'il y eût une injure dans une *in jus vocatio* frivole (L. 13 § 3 ibid.), ou dans le fait de faire valoir une créance que l'on sait être non fondée (L. 15 § 33 ibid.), ou de sommer la caution quand le débiteur est disposé à payer lui-même (L. 19). Il se serait dit que ces actes ne contiennent, en eux-mêmes, aucune lésion d'un droit et que l'impossibilité d'aboutir à un résultat quelconque garantit pleinement l'intérêt du débiteur. Sous l'Empire on voyait les choses sous un autre aspect. Un homme chatouilleux dans son honneur découvrait dans ces faits quelque chose de blessant, et la jurisprudence tenait son appréciation pour légitime, puisqu'elle mettait à sa disposition *l'actio injuriarum*. A ce point de vue, l'extension donnée à cette action forme donc un chapitre de l'histoire interne de la civilisation du peuple romain et présente, dans le miroir de la théorie juridique, le reflet de la gradation du sentiment national de l'honneur chez les Romains. Elle fait pendant à la transformation successive que la jurisprudence du siècle passé opéra dans le droit criminel de l'ordonnance Caroline, sous l'influence des changements qui s'étaient produits dans les idées du peuple. C'est *la jurisprudence qui se met au service de l'esprit de l'époque,* et qui tantôt étend, tantôt restreint le droit.

Ce motif idéal ou psychologique est-il le seul qui ait guidé la jurisprudence romaine? Il est hors de doute que l'extension qu'elle fit subir à l'action a aussi profité au droit, au point de vue pratique, et peut, dès lors, revendiquer une valeur *réelle*. Le droit ancien n'accordait aucune

protection contre divers empiètements sur le droit d'autrui qui, si je puis m'exprimer ainsi, n'étaient point assez substantiels de leur nature pour rentrer dans le domaine si étroitement circonscrit de ses actions. Et cependant il y allait d'intérêts qui bien que peu perceptibles à une époque inculte, deviennent de plus en plus saillants à mesure que la civilisation progresse, et exigent que le droit s'occupe d'eux. Quand on fait abstraction de l'injure dans son sens originaire, l'horizon des intérêts du droit privé le plus ancien se confond avec le seul *intérêt pécuniaire*. Plus tard cet horizon s'élargit, d'autres intérêts que les intérêts économiques sont reconnus et protégés. Un sens plus étendu s'attache, dans l'obligation et dans une foule d'autres rapports à l'*id quod interest* et au *quanti ea res est;* la mesure de la valeur pécuniaire est abandonnée(1). Il en a été de même de la condition de *l'utilitas* pour les servitudes prédiales. Aux servitudes rurales de l'époque ancienne qui, par leur valeur réelle pour l'agriculteur, répondaient à l'exigence de *l'utilitas* dans le sens restreint de cette époque, viennent se joindre les servitudes urbaines, qui ne servent qu'à l'agrément, p. ex. la servitude *ne prospectui officiatur*, et plus tard, les servitudes rurales elles-mêmes s'étendent dans la même direction (L. 3 pr. de aq. quot. 43.20; *hoc jure utimur ut etiam... amaenitatis causa aqua duci possit*). Dans cette série de développements que traversent les diverses institutions juridiques et les actions, et qui reflètent l'élargissement de l'horizon des intérêts du peuple, rentre aussi le développement successif de *l'actio injuriarum*. En d'autres termes, elle constitue le moyen d'accorder à certains intérêts la protection que le droit ancien leur refusait. Cette protection ne couvrait pas seulement l'intérêt purement personnel de la réparation d'une

(1) Ce point a été démontré dans la consultation de JHERING *über die Gaubahn* (Jahrbücher XVIII, nº 1, p. 77, ss.).

lésion subie. Sans doute les cas dans lesquels cette action était accordée étaient de telle nature qu'un point d'honneur susceptible pouvait y faire voir une mésestime de la personnalité, mais là ne se bornait point la valeur pratique de l'action. Abstraction faite de toute considération de ce genre, elle rendait le service précieux de repousser des atteintes que ne devait point souffrir même l'homme possédant un sentiment moins sensible de l'honneur et préoccupé de motifs purement *réels*. Quelques exemples suffiront pour le démontrer. Je crois pouvoir qualifier la fonction réalisée par l'action dans le premier cas *d'idéale,* et dans le second de *réelle*.

Un Romain de qualité pouvait à bon droit voir dans une *in jus vocatio* frivole une lésion de son honneur; le but *idéal* de l'action était le seul qui lui importât. Pour un homme d'affaires ou un artisan, au contraire, dont *l'in jus vocatio* interrompait la besogne et faisait perdre le temps, l'action avait une valeur *réelle;* elle l'indemnisait pour le temps perdu ou pour le trouble causé à son état, et si peu de cas qu'il fît de son honneur, il savait bien estimer la valeur de son temps et de ses affaires. Un exemple nous est fourni par la L. 25 de act. emti (**19**.1) déjà citée. *L'actio injuriarum* que le juriste reconnaît ici à l'acheteur, présentait pour ce dernier l'avantage de lui offrir, du chef des retards imputables au vendeur, une réparation qu'il n'aurait pu obtenir au moyen de *l'actio emti,* à cause de la tradition déjà effectuée de l'objet vendu. En un mot, l'action lui servait, en pratique, d'*action en dommages-intérêts*. Il en était de même dans le cas prévu par la L. 44 de injur. (**47**.10). Pas n'est besoin de considérer le jet d'immondices que fait un voisin dans notre jardin, comme une offense personnelle, pour justifier la nécessité d'une protection juridique, et pour pouvoir accepter avec reconnaissance l'*actio injuriarum* que le droit romain accorde dans ce cas. Qu'un simple passant, en effet, souille un terrain qui nous appartient, son fait donnera naissance à la même

action. L'*actio injuriarum* offre ici le seul moyen de défense. Il va sans dire qu'il ne peut être question d'une *actio negatoria;* d'après la théorie romaine sur la possession, il n'y a pas lieu non plus à l'interdit *uti possidetis,* (v. plus loin) et l'*actio legis Aquiliae* présuppose l'existence d'un dommage, condition qui d'ordinaire fait défaut dans les espèces dont il s'agit ici. D'autres cas seront cités plus loin.

L'idée que je viens de signaler pour l'*actio injuriarum,* savoir : l'obtention d'un résultat *réel* au moyen d'une action qui, à son origine, tend uniquement au but *idéal* de la réparation psychologique d'une lésion de droit, se reproduit dans quelques autres actions. Ce sont celles qu'on a coutume, de nos jours, de comprendre sous le nom de : *actiones vindictam spirantes.* Leur caractéristique commune à toutes est la *lésion personnelle* faite au demandeur ainsi que les conséquences qui en découlent. C'est ainsi qu'activement elles ne passent ni aux héritiers, ni aux créanciers en cas de faillite, qu'elles sont incessibles, et que les voies de droit du chef de diminution doleuse du patrimoine (*alienatio in fraudem creditorum, patroni*) ne leur sont point applicables. Le résultat psychologique que l'on vise dans ces actions : la réparation de la lésion subie, n'est possible que dans la personne de celui qui a été lésé. Ces actions ne font point partie du *patrimoine,* elles sont inhérentes à la *personne.* Le résultat juridique qu'elles produisent pour le patrimoine, constitue, d'après la conception du droit, non le *but* de l'action, mais une *conséquence* poursuivie au moyen de cette action. Ce n'est point le résultat *économique,* mais le résultat *psychologique* que le droit a en vue. Ici aussi s'applique ce qui a été dit plus haut pour l'*actio injuriarum* : le point de vue *idéal* rend le service de donner satisfaction à un intérêt *réel.*

Cela apparaît très nettement dans la *querela inofficiosi testamenti.* On peut la caractériser en l'appelant *l'action*

d'injure en matière de droit de succession[5]. Le fondement de cette action est l'iniquité[6] commise par le testateur envers celui qu'il a injustement deshérité ou passé sous silence, iniquité qui l'a frappé d'une tache[7] aux yeux du monde. De là vient que l'action que le droit met dans ce cas à la disposition de l'héritier, revêt le caractère d'une plainte personnelle contre le testateur (*querela*), d'une accusation (*accusatio*) contre lui[8]. Ce n'est point son intérêt dans la succession, mais le sentiment de l'indignation[9] qui est, en droit, le motif qui doit déterminer l'héritier à intenter cette action.

Cette conception correspond-elle à la portée *pratique* de l'action? Nullement. Je ne veux pas dire par là que l'héritier pouvant être *subjectivement* déterminé par des motifs différents à intenter cette action, elle n'exerce sa fonction réelle que tout *fortuitement*. Ce que je soutiens, au contraire, c'est que cette fonction réelle, c'est-à-dire l'attribution de la succession aux héritiers réservataires, formait le *but* qui a présidé à l'introduction de l'action, et que la conception de celle-ci sous le point de vue personnel n'a été ici, comme il arrive si souvent[10], que la forme historique sous laquelle une idée qui portait sa justification en elle-même a fait sa première apparition dans la vie. Tant que le testament fut fait dans les comices du peuple, le droit qui, à mon avis, appartenait au peuple d'accepter ou de rejeter le projet du testament, offrait aux parents les

---

(5) La L. 1 § 8. Si quid in fr. patr. (**38**.5) la range sur la même ligne que *l'actio injur.* : *Querelam inofficiosi vel quam aliam, forte injuriarum vel similem.*

(6) « *Injuria* ». L. 8 pr. de inoff. (**5**.2).

(7) « *Nota* ». L. 18 de lib. (**28**.2).

(8) *Accusatio, accusare*. L. 6 § 2. L. 7. L. 31 pr. de inoff. test. (**5**.2).

(9) L. 22 pr. ibid. INDIGNATIO.

(10) Ainsi que je l'ai établi dans : *La faute en droit privé* trad. fr. Paris, 1880, p. 32 ss. **41** ss.

plus proches une garantie contre une exclusion injuste. Mais quand survint le testament privé, cette garantie disparut et le besoin d'une autre se fit sentir. La *querela inofficiosi testamenti* combla cette lacune. C'était donc à un intérêt *réel* de la plus haute importance qu'elle avait à répondre; il s'agissait d'assurer les droits successifs des parents les plus proches contre l'arbitraire du testateur, de restreindre dans de justes limites la liberté de tester. La *querela inofficiosi testamenti* tombe, sous le rapport législatif, sous le même point de vue que les *Leges Furia, Voconia, Falcidia,* qui mettaient une borne à l'exagération des legs. Le point de vue de la lésion personnelle de l'héritier exclu n'était qu'artificiellement ajouté; il ne servait, tout comme la *color insaniae,* qu'à ménager le but essentiellement réel que nous venons d'indiquer.

Il en est exactement de même de *l'act. injur.*, dans les cas cités plus haut. Sous le point de vue de l'offense personnelle qu'elle met en avant, se cache un intérêt réel, et celui-ci trouve en elle une protection qui, dans le droit ancien, lui faisait défaut. Est-ce le dessein d'accorder une protection dans ces cas, qui a poussé les juristes romains à élargir la sphère qui limitait, tout d'abord, l'application de *l'actio injuriarum?* ou bien cette extension n'a-t-elle, à l'origine, d'autre cause que l'accroissement graduel de la sensibilité du sentiment national de l'honneur, si bien que plus tard, les juristes romains n'eurent plus qu'à profiter du progrès réalisé dans cette voie pour résoudre les cas dont nous nous occupons? Je ne veux pas approfondir ces questions; qu'il me suffise de constater que l'extension s'est produite et qu'ainsi a été comblée une lacune du droit.

Ce point ne tardera pas à être démontré. Après avoir, au préalable, défini l'action sous le rapport de sa fonction réelle, je compte présenter une casuistique très minutieuse de cette action, en commençant par les cas cités dans nos sources et en y rattachant tous les rapports de notre vie

actuelle auxquels cette action peut également s'appliquer. La caractéristique de l'*actio injuriarum*, dans la direction indiquée, est qu'elle protège la personne dans ses *rapports juridiques concrets,* tandis que dans sa forme historique originaire, elle ne protégeait que la *personne comme telle.* Dans l'une direction je la désignerai sous le nom d'action *concrète* ou *réelle,* dans l'autre, sous celui d'action *abstraite.* Les détails seront donnés plus tard.

II. – Etat de la doctrine.

C'est à F. WALTER[11] que revient, à ma connaissance, le mérite d'avoir, le premier, distingué deux fonctions dans l'*actio injuriarum;* mais il ne leur avait point donné de nom spécial. Les juristes romains n'avaient aucune idée de cette distinction; on ne trouve même, chez eux, aucune mention de l'extension qu'ils ont donnée à l'action au delà de sa première sphère d'application. Nulle part cette action ainsi étendue n'est désignée comme *utilis;* nulle part même on n'a essayé de justifier cette extension. N'étaient d'autres motifs qui obligent à reconnaître qu'ils ont étendu le cercle dans lequel se trouvait originairement circonscrit le champ d'application de l'action, on pourrait croire que la notion de l'injure avait déjà, dans le droit le plus ancien, la même portée que dans le droit postérieur. Comment se fait-il que, contre leur habitude, ils négligent de signaler ce fait et de désigner l'action, dans l'extension qu'ils lui ont donnée, comme *utilis actio?* Le motif en est tout simple. Partout où se trouve cette dernière expression, il s'agit de l'extension d'une *action* au delà des conditions légales fixées dans la loi ou dans l'édit. Ici, au contraire, il s'agit de l'extension d'une notion pour laquelle il n'était nul besoin de faire violence au texte de la loi (dans l'espèce, à l'édit du Préteur), ni par conséquent, d'entrer en conflit

---

(11) *Neues Archiv für Kriminalrecht,* IV, p. 108-140, p. 240-308 (1821).

extrinsèque avec le droit existant. Cette extension pouvait se faire *intrinsèquement* par la jurisprudence, tout aussi bien qu'elle se fait par le langage usuel de chaque époque. Si la *lex Aquilia,* au lieu de se servir de l'expression concrète : *usserit, fregerit, ruperit,* avait employé l'expression abstraite : *damnum injuria datum,* il ne serait pas plus question, dans nos sources, d'une *actio utilis legis Aquiliae* que d'une *actio injuriarum utilis*(12). La *lex Cornelia* déterminait concrètement sa notion de l'injure (*pulsatum, verberatumve, domumve introitam* L. 5 pr. de injur. **47**.10); l'édit du Préteur déterminait la sienne abstraitement (*quid* INJURIAE *factum sit* L. 7 pr. ibid.). Il en résultait qu'il était possible de donner à cette dernière action, sans mention extérieure de l'extension, une portée infiniment plus vaste que celle que le premier auteur de l'Edit avait eue en vue, tandis qu'on n'aurait pu étendre l'action de la *lex Cornelia* sans indiquer cette extension par l'addition du mot *utilis*(13).

Sans doute les juristes romains eussent pu, néanmoins, signaler l'extension considérable qu'ils donnaient à l'action, et établir une distinction avec la sphère d'application de celle-ci à l'origine. Mais nous l'avons déjà vu, ce point leur a échappé, et il appartenait, il appartient encore à la jurisprudence actuelle d'y suppléer.

Examinons les tentatives faites dans ce but.

WALTER distingue les deux fonctions de la manière suivante. L'une a pour but de protéger l'*honneur*; elle protège les droits qui se rapportent à la *personne* (p. 260); l'autre a pour but de protéger la capacité juridique; elle protège le rapport juridique de la personne avec les choses; dans la violation de ce dernier, gît une lésion du

---

(12) LENEL *Das Edictum perpetuum*, p. 322.

(13) Sur la différence de cette extension *interne*, qui ne se manifeste point à l'extérieur, avec l'extension *extérieure*, visible, v. Esprit du D. R. 3e édit. III, p. 346.

droit de société, un mépris des droits d'autrui, une *injuria* (p. 264). Cette *injuria* peut se produire de trois manières différentes : quant au droit sur les *res communes* (L. 2 § 9 Ne quid in loco publico (**43**.8), L. 13 § 7 de injur. (**47**.10)), quant à la possession et à la propriété (L. 13 § 7, L. 15 § 31, L. 23, L. 24 ibid.), et quant à un rapport d'obligation (L. 1 § 38, Depos. **16**.3).

Voyons comment WALTER formule la théorie de l'action dans cette deuxième direction.

« L'*existimatio* dans le sens juridique proprement dit, « dit-il (p. 243), est la capacité juridique civile que l'État « reconnaît à une personne. De même que chaque citoyen « doit respecter la loi, de même il doit reconnaître la « capacité juridique de son concitoyen dans toute l'étendue « qui lui est donnée par la loi. Or, quand quelqu'un lèse le « droit d'un autre, il s'attaque à une partie de sa capacité « juridique, puisqu'il refuse de lui reconnaître tous les « droits que l'État lui avait garantis. D'où suit que toute « violation du droit comprend une attaque à l'*existimatio*, « une injure ; la notion de l'injure appliquée dans ce sens à « l'*existimatio*, n'a d'autres limites que celles tracées aux « droits civils d'une personne. »

Il est évident que WALTER commet ici une erreur, et il est aisé de la découvrir. Il confond la *capacité juridique* avec les droits concrets. C'est la même erreur que commet PUCHTA, lorsqu'il caractérise la possession comme un droit de la personnalité, et voit dans toute lésion de la possession une lésion du droit de la personnalité. La contestation du *rapport possessoire concret* ne contient point une contestation de la *capacité possessoire abstraite* de la personne, et la lésion d'un *droit* concret ne contient pas davantage une lésion de la *capacité juridique abstraite* de la personne. Le débiteur qui conteste l'existence de la dette, le tiers possesseur de notre chose qui conteste l'existence de notre propriété, n'attaquent nullement notre capacité d'être créanciers ou propriétaires.

La conséquence de cette manière de voir serait que toute injustice contiendrait une *injuria* et que la protection du droit se résoudrait toute entière en l'*actio injuriarum*, ce qui équivaudrait à l'abandon complet du caractère propre de cette action. En quoi, dans cette hypothèse, les autres voies de droit se distingueraient-elles de cette action? WALTER répond (p. 248) : « Les lois distinguent certaines « lésions du droit à l'aide de certains noms et de certaines « peines, parce qu'elles se guident sur la lésion qui apparaît, « dans l'acte, comme *principale* et *dominante*. Quand donc « un acte constitue à la fois deux infractions, le nom et la « peine de l'infraction la plus légère se trouvent absorbés « par l'infraction la plus grave. Or, comme toute violation « du droit comprend en même temps une injure, on ne « peut, en général, répondre à la question posée, qu'en « disant que l'*act. injur.* peut être intentée du chef de toute « violation du droit qui ne rentre point dans une autre « infraction expressément définie par la loi. » WALTER ne se dissimule point le vague de cette idée, et essaie d'y obvier comme suit[14] : « Certains droits concernent *de* « *plus près* la personne, tandis que d'autres se rappor- « tent *davantage* au patrimoine (*res familiares*). Il est « évident que l'action d'injure n'est pas accordée du chef « d'une pure lésion du patrimoine, puisque l'on a pour « cela la *lex Aquilia* ou une autre action encore plus « spéciale (p. 249) — l'action ne s'accorde que du chef « d'une lésion personnelle proprement dite. » (p. 252).

Cette explication est, au fond, bien embrouillée. Les lésions de droit du chef desquelles le droit romain accorde l'action d'injure sont-elles ou non intrinsèquement différentes de celles du chef desquelles il accorde d'autres

---

[14] La distinction à établir entre *l'act. injur.* et la poursuite criminelle des atteintes à l'honneur, des attentats à la liberté et des lésions corporelles (p. 252 ss.) n'offre point d'intérêt pour notre matière.

actions? A cette question, on répond, en réalité, oui et non.

D'une part, toute lésion du droit renferme une injure, car elle porte atteinte à la capacité juridique et partant à la personne comme telle. La conséquence de cette idée serait que l'on devrait donner au lésé la faculté d'intenter, à son choix, l'action d'injure au lieu des autres actions de délit spéciales que la loi met à sa disposition, p. ex. l'*actio furti* ou l'*actio legis Aquiliae*. WALTER repousse cette conséquence, et il a raison, mais pour y échapper il a recours à cette assertion absolument insoutenable : « le nom et la peine de l'infraction la plus légère sont absorbés par l'infraction la plus grave. » Cette assertion est insoutenable, car il n'est en rien démontré que l'injure soit, au regard des autres délits, l'infraction la plus légère; nulle part les sources ne fournissent le plus faible appui au classement des divers délits privés d'après la mesure de leur *gravité* morale. Pareil classement eût, il est vrai, pu se faire d'après la *peine* comminée, mais cette mesure même eût manqué de justesse pour l'*act. injur.*, car le taux de cette action dépend entièrement de l'appréciation du juge et ne peut, dès lors, a priori, être opposé comme plus léger à ceux auxquels tendent les autres actions de délit. Pour la détérioration d'une chose insignifiante, le demandeur n'obtenait que la valeur du dernier mois; si, dans ce cas, l'action d'injure avait été également applicable, il aurait peut-être obtenu beaucoup plus. Indiquer d'avance, d'après le caractère abstrait des actions, laquelle des deux offrait au demandeur le plus d'avantages, était chose complétement impossible. Mais même dans l'hypothèse où les actions de délit spéciales eussent été les plus avantageuses, de quel droit aurait-on, au cas où le fait donnait légalement naissance à deux actions, refusé au demandeur le droit de choisir celle qui lui convenait le mieux, dût-elle lui rapporter moins? Où donc est la règle qu'en matière d'actions privées — et tel est bien le carac-

tère des actions de délit — le demandeur *doit* intenter celle qui tend au montant le plus élevé ?

D'autre part, au contraire, les lésions du droit qui engendrent l'action d'injure sont *intrinsèquement* différentes de celles que causent les autres délits. Ce n'est donc pas seulement l'existence d'une autre action accordée du chef de ces délits, c'est aussi la différence de la situation légale qui exclut l'emploi de l'action d'injure. Mais que cette différence est vague et indéterminée ! Tels droits s'attacheraient de *plus près* à la personne ; d'autres auraient *plutôt* rapport au patrimoine. On commence par déclarer que celui qui lèse un *droit quelconque* appartenant à autrui, s'attaque par cela même à une partie de la capacité juridique de la personne lésée. C'est assez dire que la différence du droit lésé est, en principe, sans influence. Et ici nous apprenons que cette différence a néanmoins une telle influence qu'elle peut faire un obstacle absolu à l'application de l'action d'injure. Ces deux assertions s'excluent : si l'une est exacte, l'autre ne l'est point. L'action ne peut être accordée pour une lésion *purement* patrimoniale, mais seulement pour une lésion personnelle *proprement dite.* Cependant elle est donnée à l'acheteur, tout aussi bien que *l'act. ad exhibendum,* pour réclamer la remise de la chose livrée (L. 25 de act. emti cit.). La lésion touche-t-elle ici *moins* au *seul* patrimoine, et *plus* à la personne *proprement dite,* que dans le *damnum injuria datum,* dans lequel, d'après WALTER, l'action d'injure n'est évidemment pas applicable? Dans les deux cas, c'est la propriété que l'on attaque. En est-il autrement dans le cas de la L. 15 § 31 de injur. (**47**.10) : *Si quis bona alicujus vel rem unam per injuriam occupaverit?* Peut-on dire de l'action d'injure que l'on accorde ici qu'elle a *plus* de rapport à la personne, et *moins* de rapport au patrimoine que *l'act. vi bonorum raptorum?* Les termes dont se sert WALTER : *plus, de plus près, pur, proprement dit* ne sont que des mots, dont, à défaut de détermination précise du sens dans lequel ils sont employés, le lecteur ne

peut se faire une idée plus claire que WALTER lui-même. Il est absolument inadmissible qu'après avoir, au début, rattaché au point de vue de l'injure, *toutes* les lésions du droit, il vienne ensuite exclure quelques-unes d'entre elles. Ce premier pas fait, il ne reste d'autre alternative que d'accorder le choix entre *l'actio injuriarum* et toutes les autres actions de délit, comme le fait WINDSCHEID([15]), sous la seule restriction, d'ailleurs inévitable, que la lésion du droit soit *volontaire*, ou bien de tirer des sources la preuve qu'une disposition *positive* écartait l'action d'injure chaque fois qu'une autre action de délit était recevable. WALTER était guidé par un sentiment exact à tous égards quand il refusait d'admettre un pareil concours électif et basait cette manière de voir sur la diversité des conditions légales de l'injure et des autres délits. Mais c'est précisément ce motif qui aurait dû l'empêcher de déclarer tout d'abord que toutes les lésions du droit contiennent une atteinte à la capacité juridique de la personne et par là même une injure. Pour distinguer l'injure des autres délits, on doit, au préalable, donner à la notion de l'injure une portée qui soit assez large pour embrasser tous les cas où l'*act. injur.* est accordée par les juristes romains, et en même temps assez restreinte pour exclure les conditions légales des autres délits. C'est ce que nous allons tenter de faire plus loin.

Tout ce qu'on peut dire, à mon sens, du travail de WALTER, c'est qu'il n'a point réussi à résoudre le problème; mais il a, du moins, eu le mérite de le soulever et d'empêcher ainsi les auteurs qui l'ont suivi de s'y dérober. Dans les traités de Pandectes qui ont paru après le sien, la question se trouve régulièrement mentionnée. Il n'y a que GÖSCHEN (*Vorlesungen über das gemeine Civilrecht,* II, § 593, 1839) qui, dans son exposition, très faible, de la

---

([15]) *Lehrbuch des Pandektenrechts* II § 472, note 1.

théorie des injures, passe cette question sous silence, et THIBAUT (*System des Pandektenrechts,* Aufl. 8, T. 2 § 624, 1838) qui, tout heureux d'en finir par le même moyen, renvoie au droit criminel pour toute la théorie des injures.

SCHWEPPE (*Das römische Privatrecht,* Aufl. 4 von MEYER T. 3 § 544; 1831) énumère les divers cas cités par WALTER, et ajoute cette remarque : « Il est difficile « de ramener ces cas à un point de vue général et *diri-* « *geant.* Définir, en effet, d'après ces cas, l'injure : toute « lésion intentionnelle des droits de l'homme et du citoyen, « ce n'est pas donner à la notion une précision suffisante. « L'*actio injuriarum,* chez les Romains, était plutôt une « espèce d'action supplétoire pour une foule de rapports « connexes dans lesquels quelqu'un souffrait une injustice « *sans qu'il y eût dommage à son patrimoine.* » L'idée de cette fonction subsidiaire de l'action est excellente et constitue un progrès sur WALTER. Elle se fonde sur la défectuosité du droit ancien qui, comme il est démontré ci-dessus, n'offrait aucune espèce de protection contre maintes lésions du droit. Elle explique pourquoi les juristes romains ont eu recours à cette action. Nous verrons plus loin si SCHWEPPE a raison de dire qu'il n'y a point là un principe dirigeant.

WENING-INGENHEIM (*Lehrbuch des gemeinen Civilrechts,* Aufl. 4 T. II § 339; 1831) définit l'injure en disant qu'elle est la violation ou la lésion personnelle des droits généraux de l'homme et du citoyen. Il en distingue deux espèces : les lésions du *droit,* et celles de l'*honneur.* La distinction est très juste, mais la définition qu'il donne des premières, est complétement manquée, car elle reproduit l'erreur ci-dessus critiquée de WALTER, en ce qu'elle confond la *capacité* juridique avec les *droits concrets.* Les injures de cette première espèce, dit-il, lèsent « la *capacité* « *civile* de la personne, c'est-à-dire les droits nettement « déterminés que l'Etat reconnaît, et qui appartiennent à

« l'individu comme homme et comme citoyen. » Pour qui sait quel rapport existe entre ce traité et le cours de Pandectes recueilli par son auteur aux leçons de HEISE, et quelle distance séparait au point de vue intellectuel l'élève du professeur, il est bien difficile de se défendre d'un soupçon. L'heureuse expression : *lésion du droit* n'émanerait-elle pas de HEISE, et WENING INGENHEIM ne serait-il pas, seul, l'auteur de la malencontreuse définition de *l'atteinte à la capacité juridique*, qui remet tout en question? A titre d'exemples de semblables lésions du droit, l'auteur cite, à côté d'autres espèces qui ne présentent pas d'intérêt pour nous (elles concernent non des droits acquis, mais des droits innés de la personne, tels que l'atteinte à la liberté, à l'inviolabilité du corps et des facultés intellectuelles), les violations du droit qui se rapportent au libre usage de la propriété et de la possession et aux obligations qui contiennent un devoir spécial de bonne foi. Mais qui a jamais classé la possession, la propriété et les obligations parmi les choses qui appartiennent à l'individu comme homme et comme citoyen ? Ce qui lui appartient, comme homme et comme citoyen, c'est uniquement la *capacité* d'avoir ces droits, et non ces droits mêmes. Or cette capacité ne se restreint point aux droits cités, elle s'étend sur tout le domaine du droit. On ne comprend point, dès lors, pourquoi la violation d'obligations qui engendrent un devoir spécial de bonne foi, produirait *l'actio injuriarum*, et pourquoi il n'en serait pas de même pour toute autre obligation. On ne voit pas davantage pourquoi le droit de succession, le droit de gage, les servitudes ne pourraient prétendre à cette action, alors que la possession et la propriété y donnent droit, car ce sont, au même titre que ces dernières, des « droits nettement déterminés et reconnus par l'Etat. » Avec une extension aussi large de la notion de l'injure, toute violation du droit, dans des rapports contractuels ou extra-contractuels, donnerait lieu à l'action d'injure.

Les essais infructueux tentés par ses prédécesseurs pour distinguer *l'actio injuriarum* du chef des atteintes portées au *droit*, de *l'actio injuriarum* du chef des atteintes portées à *l'honneur*, semblent avoir déterminé MÜHLENBRUCH (Lehrbuch der Pandekten II, § 448; 1836) à renoncer à cette distinction. Il place la privation de l'intelligence, de la liberté, la violation du droit à l'honneur sur la même ligne que le « préjudice causé à autrui dans l'usage de son bien, « sans usurpation sérieuse d'un droit, et que l'entrave « apportée à l'exercice des droits généraux de l'homme et « du citoyen. » C'était, à coup sûr, le moyen le plus commode de sortir de la difficulté que présente la distinction des deux directions de l'action d'injure.

PUCHTA (Pandekten § 387) définit l'injure : une *injustice volontaire* dirigée contre la personne du « lésé, sans « intention de causer un préjudice à son patrimoine, même « quand ce préjudice se produit en même temps comme « une conséquence de l'acte. Ce délit forme un supplé- « ment aux infractions doleuses spéciales. L'acte auquel « s'attache cette intention personnelle donne ouverture à « *l'actio injuriarum*. Sous cette condition, *toute atteinte* « à la sphère juridique d'autrui peut donner lieu à cette « action, pourvu que le lésé se borne à faire ressortir « *l'animus injuriandi*, et renonce aux autres qualifica- « tions de l'acte, telles que le dommage causé à son patri- « moine. » PUCHTA accepte ainsi l'idée de SCHWEPPE, en tant qu'il attribue à la notion d'injure un caractère supplétoire. Il incline, d'autre part, vers le système de WALTER quand il parle du rapport plus direct de l'injure avec la personne.

ARNDTS (Pandekten § 339), comme d'habitude, se range, au fond, de l'avis de PUCHTA : « L'injure est toute injustice « volontaire, essentiellement dirigée, dans l'idée de celui « qui la commet, contre la personne d'un autre et due à la « mésestime de la personnalité de ce dernier. Cette idée « qui préside à l'acte peut donner le caractère d'injure à

« la violation des droits les plus divers, et produire *l'actio* « *injuriarum* (*ex generali edicto*). » ARNDTS laisse de côté l'élément négatif mis en relief par PUCHTA, savoir que le demandeur renonce à toute demande du chef du dommage causé à son patrimoine. Entend-il par là que l'action peut aussi avoir pour objet la réparation de ce dommage ? Rien n'indique sa pensée à cet égard.

L'exposition faite par SINTENIS (Das praktische gemeine Civilrecht II § 124) constitue un progrès. Elle désigne, en effet, l'atteinte portée à l'honneur comme une lésion *immédiate* de la personnalité, et celle faite aux droits comme une lésion *médiate* de la personnalité. Puis, elle indique clairement la cause d'où cette dernière atteinte peut procéder : « obstination, méchanceté, arrogance ou « tout autre mobile quelconque, abstraction faite de la « volonté de nuire ou de faire un gain. » Pour lui, la condition légale de l'*injuria*, en ce sens, c'est que l'auteur entrave, restreigne, trouble son adversaire dans l'exercice de ses droits, sans toutefois *contester* ces derniers. L'acte peut avoir pour *effet* de porter préjudice au patrimoine d'autrui, mais tel n'est pas le *but* de son auteur. Je trouverai plus loin l'occasion d'examiner si cette distinction est soutenable.

SEUFFERT (Prakt. Pandektenrecht II § 406) distingue l'injure dans le sens étroit, qu'il définit : l'atteinte intentionnelle à l'honneur d'une personne, de l'injure dans le sens large, dans laquelle il comprend « toute injustice faite sciemment et *dirigée contre la personne*. » Dirigée contre la personne, est une tournure de phrase qui a bel air *in abstracto* (on distingue immédiatement, par la pensée, la direction opposée : vers les choses) mais on ne peut rien en faire dans la pratique, car il n'existe absolument aucun criterium certain pour reconnaître les deux directions. Elle ne vaut guère mieux que celle de WALTER dont nous venons de parler : « se rapportant *de plus près* à la personne. » Phrases de théoriciens dans l'embarras,

qui semblent avoir un sens, et qui n'en ont en réalité aucun. Y a-t-il dans le vol à main armée une injustice dirigée contre la personne? Si l'on met en ligne de compte la violence faite à la personne, on peut répondre : oui. Si l'on considère la *chose* enlevée et le nom de l'action : *actio vi bonorum raptorum*, on peut répondre : non. Dans la L. 15 § 31 de injur. on donne l'*actio injur.: si quis bona alicujus vel rem unam occupaverit*, sans qu'il y ait eu violence envers la personne. Il y va de l'appropriation de la *chose*, et néanmoins l'action fait ressortir l'injustice contre la *personne*.

Où est la différence entre ce cas et le vol à main armée? L'usurpation de la chose d'autrui est-elle une injustice dirigée contre la personne ou contre la chose? Tout homme impartial répondra : contre la chose, comme le prouve déjà le nom seul de l'action applicable dans ce cas (*rei vindicatio*); et cependant, la L. 25 de act. emti (19,1) accorde ici l'*actio injur.* à l'acheteur. L'assertion abstraite : que dans les deux cas l'injustice est dirigée contre la personne, ne saurait suffire. Il faudrait montrer comment il se fait que cela est exact ici et ne l'est point dans d'autres cas identiques en apparence. Or SEUFFERT n'a pas même effleuré cette question capitale.

D'après KELLER (Pandekten § 376), l'injure ne comprend que les lésions « que l'homme souffre ailleurs que dans son « droit patrimonial proprement dit (!). Ainsi, on peut dire « en un certain sens : le droit privé de Rome tout entier « se rapporte en partie au patrimoine et en partie à « l'honneur. Or, l'honneur comprend tous les attributs de « l'homme qui ne sont point des droits patrimoniaux et qui « néanmoins jouissent de la protection de l'Etat. » KELLER ne se prononce pas sur le point de savoir comment il concilie tout cela avec les cas de lésions patrimoniales qui sont indiqués ci-dessus par WALTER, et que lui-même cite à son tour.

WINDSCHEID (Lehrb. des Pandektenrechts II § 472) définit très-exactement l'injure en disant que c'est : tout acte illégal volontaire qui contient l'expression d'une mésestime de la

personnalité d'autrui. Il y ajoute cette remarque, également très-exacte qu'il n'est point nécessaire que l'acte soit fait dans le *but* de manifester une mésestime de la personnalité d'autrui, qu'il suffit qu'il ait été fait avec la *conscience* qu'il contenait une *expression* de cette mésestime. Mais la conclusion qu'il en tire, que « partant, dans *toute* violation de droit volontaire, il y a une injure » est erronée, et n'est point justifiée par les textes qu'il cite, comme je le prouverai plus loin. Lorsque, ensuite, il ajoute que dans le cas où l'action tombe sous la catégorie d'une autre infraction quelconque, c'est la peine de celle-ci et non celle de l'injure qui est applicable, je puis me borner à faire la réponse que j'ai faite plus haut (p. 9 et s.), à WALTER.

BRINZ, qui dans la première édition de son cours de Pandectes (§ 119) traitait de l'injure, l'a omise dans la deuxième (§ 338 note 2) parce que, dans l'intervalle, le code pénal allemand, § 185, a comminé des peines criminelles contre l'injure. WÄCHTER a fait de même dans son cours de Pandectes. Dans sa première édition, BRINZ fait valoir, pour les cas d'application de l'action d'injure que nous avons ici en vue, le point de vue de la chicane, et il la met sur la même ligne que les injures réelles et les injures verbales. A l'occasion des actions de la propriété (§ 64), il se prononce comme suit sur cette application de notre action. Je tiens à dire ici avant tout qu'il ne la désigne pas expressément comme telle, mais qu'il résulte de la table des matières, où sous les mots *actio injur.*, il renvoie au § 64, que c'est bien là son idée. « Celui qui entrave l'exercice de la propriété, ou qui « l'usurpe, sans prétendre pour lui-même à un droit de « propriété ou à des *jura in re*, peut, dans un esprit de « *chicane* vis-à-vis du propriétaire, agir de la même manière « que le *voleur* ou le *brigand*. Il tombera ainsi sous le coup « d'actions qui ne sont point des actions de propriété. » Il saute aux yeux que la chicane n'est pas de nature à couvrir la sphère d'application dont il s'agit ici pour *l'actio injur*. Celui qui enlève à quelqu'un la place qu'il a retenue

dans un train de chemin de fer, ou la chaise qu'il a marquée au restaurant, celui qui, à table d'hôte, se verse du vin d'un autre, celui qui, pour poursuivre ses poules, pénètre dans le jardin du voisin, en escaladant la balustrade ou la haie de clôture, n'a ni l'intention de nuire, ni celle de vexer sans avantage pour lui-même, ce qui constitue bien la notion de la chicane ([16]); son intention est, tout au contraire, d'obtenir quelque chose pour lui-même, et la chicane ne cadre en aucune façon avec la fraude ou la violence des atteintes portées à la propriété d'autrui.

BARON (Pandekten § 321) distingue l'injure dans le sens étroit, la *contumelia*, qu'il définit : la lésion intentionnelle de l'honneur d'autrui, et il y oppose : « toute *autre* mésestime de la personnalité d'autrui. » Je ne saisis point cette distinction, car, à mon avis, la mésestime de la personnalité d'autrui, est exactement la même chose que la lésion de l'honneur d'autrui. Sous ce mot : *autre* mésestime, BARON fait alors figurer quelques-uns des cas cités par WALTER, et puis encore la contestation volontaire et non fondée de la liberté.

Le résultat de cette revue de la littérature n'est pas très-satisfaisant. On ne peut dire que depuis WALTER la question ait sérieusement avancé. SCHWEPPE et SINTENIS sont les seuls auxquels je puisse reconnaître quelque mérite sous ce rapport. Le premier a accentué la fonction *subsidiaire* de l'action d'injure, le second a fait une distinction entre la lésion *immédiate* et la lésion *médiate* de la personnalité, il a nettement indiqué les conditions légales extérieures : l'entrave, la restriction, le trouble apporté à l'exercice des droits d'autrui sans contestation de ces droits, et il a fait ressortir le caractère *d'insolence* de ces lésions. Si les indications qu'il y avait là pour les auteurs qui ont traité la question plus tard, ont pu rester inaperçues,

---

([16]) L. 38 de R. v. (6.1). ...*nihil laturus, nisi ut officias.*

je n'entends pas précisément en faire un reproche à ces derniers. Distinguer nettement les deux fonctions de *l'act. injuriar.*, et délimiter exactement sa fonction subsidiaire ou concrète est un problème qui exige une étude si minutieuse des détails, que l'on ne peut arriver à le résoudre qu'au prix d'un travail vraiment fastidieux. Ma propre expérience m'a pleinement convaincu à cet égard, et j'aurais vraisemblablement abandonné le travail commencé, si je n'avais cru qu'à un certain point de vue, du moins, il aurait eu sa récompense, en fournissant l'indication claire de la fonction pratique et de la portée casuistique de l'action. Depuis plusieurs années, en effet, tant dans mes leçons, que dans mon cours pratique de Pandectes, j'ai donné à ce côté de la question une attention toute spéciale. J'avais pu me convaincre que ce sujet était absolument étranger même aux plus capables de mes auditeurs ; et cette raison m'a engagé à insérer dans ma « *Jurisprudence de la vie quotidienne* » (5e édit. Jena 1883) un grand nombre de cas d'application de notre action, afin de leur fournir ainsi l'occasion de se familiariser avec elle (17).

Et ce n'est pas seulement parmi les étudiants que j'ai constaté l'ignorance de l'action dont nous nous occupons ; la littérature et la jurisprudence des tribunaux nous en offrent aussi des exemples : la première, notamment dans l'espèce célèbre des *charivaris nocturnes* de THIBAUT, à laquelle cet auteur voulait attacher l'interdit *uti possidetis*, pour trouble de la possession — la seconde, dans maintes décisions rapportées dans l'*Archiv* de SEUFFERT et sur lesquelles je reviendrai plus loin.

[C'est en vain que l'on chercherait une réponse à ces questions chez les auteurs français. Fatalement liés par les lois sur l'en-

---

(17) Je les réunis ici : I. 27-29. II. 8, 9, 42. III. 43, 44, 46, 47-50. IV. 2, 57, 58, 71. X. 1, 19, 25, 26, 28. XI. 18, 25. XIV. 4. XVI. 6, 15. XVII. 1, 16.

seignement, à l'exégèse des Institutes, les meilleurs auteurs, tels que Demangeat, Ortolan, Accarias ne se préoccupent point de déterminer le caractère distinctif de *l'actio injuriarum*. En Belgique, Van Wetter (Oblig. T. 3, p. 412, Gand 1886), paraît se rallier à la définition de WALTER. Quant à MAINZ (Cours de D. R. 4[e] édit. 1877, T. II, p. 473), il avoue ingénument que pour lui la question est insoluble. « En général, « dit-il, il faut dire que la question de savoir si tel acte constitue « ou non une injure doit recevoir une solution bien différente « suivant les époques et les mœurs, et qu'il est aussi impossible « d'expliquer rationnellement les diverses décisions des juris- « consultes romains, qu'il serait fastidieux de les exposer en « détail. »]

III. — Démarcation entre l'action d'injure concrète et l'action d'injure abstraite ainsi que les autres actions.

La différence des deux fonctions de l'action d'injure est extrêmement simple et facile à reconnaître. Elle a été parfaitement rendue par SINTENIS au moyen de la distinction entre la lésion *médiate* et la lésion *immédiate* de la personne.

La personne peut être lésée, soit dans ce qu'elle *est*, c'est-à-dire immédiatement, soit dans ce qu'elle *a*. Au premier cas se rattache l'*actio injuriarum* dans sa fonction originairement exclusive, que je désignerai sous le nom d'action d'injure *abstraite;* au second cas, se rattache l'action dans sa fonction ultérieure ou supplétoire, l'action d'injure *concrète*.

La personne est lésée dans ce qu'elle *est*, quand elle se trouve lésée dans *son corps* (voies de fait), dans sa *liberté* (privation de fait, — chez les Romains aussi contestation frivole de la liberté), dans son *honneur*.

Elle est atteinte dans ce qu'elle *a*, quand la lésion concerne ses relations avec le *monde extérieur*, c'est-à-dire tous les rapports qui existent hors d'elle. C'est la *périphérie extérieure* de la personne, par opposition au *centre* représenté par cette personne elle-même. Elle comprend avant tout,

les rapports de la personne avec les choses, quelle que soit la nature de ces rapports : propriété, possession, détention, *jura in re*, droit à l'usage des *res publicae* et *religiosae*. Viennent ensuite les rapports avec d'autres personnes : les obligations et les rapports de famille. Enfin, ces sortes de droits, inconnus aux Romains, et, partant, sans forme correspondante dans la systématique romaine, auxquels on a donné le nom de droits sur les *biens immatériels* [18]. Tels sont le droit d'auteur, le droit au nom et au titre. Bien que cette désignation soit, au point de vue économique, absolument exacte, je me propose de la remplacer par une autre lorsque le moment en sera venu.

Ces lésions médiates de la personne forment, comme on le sait, l'objet d'actions spéciales dont la forme propre correspond à la nature particulière du droit et à l'espèce de la lésion. De là la distinction entre l'action d'injure *abstraite* qui se fonde sur la lésion *immédiate* et toutes les autres actions qui se fondent sur la lésion *médiate* de la personne.

Ces actions sont parfois en concours avec l'action d'injure *concrète* qui, elle aussi, se base sur une lésion médiate de la personne. Ce caractère la distingue nettement et absolument de l'action d'injure *abstraite*, non seulement *en principe*, mais encore *en procédure*. Pour l'action abstraite, il suffisait du rapport avec la personne ; l'action concrète, au contraire, exigeait l'indication expresse du *rapport concret*. Mais la distinction avec toutes les autres actions, avec lesquelles elle partage ce dernier caractère, n'en est que plus difficile. La condition légale *extérieure* : une atteinte à la sphère juridique de la personne, est exactement la même de part et d'autre. La distinction ne peut donc porter que sur l'élément *interne*. Cet élément, dans l'action concrète, doit être semblable à celui de l'action

---

(18) STOBBE, Handbuch des deutschen Privatrechts, T. 3, liv. 3.

abstraite, car autrement on n'aurait pu mettre ces deux actions sur la même ligne. Mais c'est précisément là le nœud de la difficulté. Essayons, s'il se peut, de la résoudre, c'est-à-dire de déterminer si nettement l'élément *interne* de notre action, que l'on puisse la distinguer parfaitement de toutes les autres actions.

Commençons par *l'intention contraire au droit.* Cet élément écarte tout d'abord tous les cas de ce que j'appellerai l'injustice inconsciente ou objective. Telles sont les *in rem actiones* et les *actiones in personam* nées de rapports obligatoires, en opposition avec les obligations nées de délits, et parmi celles-ci les actions qui exigent seulement la *culpa*, comme *l'actio legis Aquiliae.*

Mais, même dans ces actions, *peut* exister l'élément de la violation volontaire du droit. Le possesseur d'une chose qui m'appartient peut la retenir sciemment, le débiteur peut nier sciemment sa dette, un tiers peut sciemment et intentionnellement détériorer ou détruire mon bien. Est-ce là commettre une injure dans le sens dont nous parlons ? Si le seul élément de l'intention contraire au droit était suffisant, il faudrait répondre affirmativement. Dans cette hypothèse, toute injustice volontaire, non seulement celle qui caractérise les délits spéciaux (*furtum*, *rapina*, *dolus*), mais encore l'injustice accessoire dans les rapports cités plus haut renfermerait une injure. Telle est, en effet, l'opinion de Walter et de Windscheid (v. plus haut pp. 9. 20). L'un et l'autre admettent comme possible qu'un seul et même acte contraire au droit constitue à la fois une injure et une autre infraction, sauf à n'appliquer dans ce cas que la *peine* de cette dernière. Je me suis déjà prononcé, ci-dessus, contre cette manière de voir, en me réservant d'examiner plus tard les textes sur lesquels on la fonde. Le moment est venu de vider ces réserves.

La plupart des textes cités par Windscheid (l. c. § 472 note 1) parlent d'une injure abstraite dans le sens ci-

dessus[19]. Deux seulement méritent qu'on s'y arrête, parce qu'il en résulte en apparence que les juristes romains auraient admis une injure dans un cas qui présente les conditions légales extérieures du vol simple ou du vol à l'aide de violences. C'est tout d'abord la L. 15 § 31 de inj. (48.10) :

Si quis bona alicujus vel rem unam per injuriam occupaverit, injuriarum actione tenetur.

On pourrait voir dans cette appropriation arbitraire des choses d'autrui, les conditions légales du vol avec violences. En fût-il réellement ainsi, ce texte serait, en tous cas, la réfutation de cette assertion de WALTER et de WINDSCHEID : qu'en cas de concours des notions de l'injure et d'un autre délit, l'*actio injuriarum* était écartée. Mais il n'y a point ici réellement vol avec violences, dans la pensée du juriste, et ce qui le prouve, c'est qu'il n'accorde à la partie lésée que l'action d'injure[20]. Pourquoi n'admet-il point de vol avec violences? A cette question je réponds par une autre : toute appropriation injuste de la chose d'autrui contient-elle un vol avec violences? Ici, la réponse est à coup sûr négative. Il peut manquer tout d'abord la *lucri faciendi causa* exigée pour le vol avec violences aussi bien que pour le vol simple, alors cependant qu'il y a violence contre la personne. Tel est le cas où l'acte se fait dans le but de se faire justice à soi même[21], ce qui, exceptionnellement, peut être légitime

---

(19) Ce sont les L. 5 § 2-5, L. 11 § 9, L. 12, L. 13 § 3, 7, L. 15 pr. § 31, 33, L. 19, L. 20, L. 24 de injur. (**47**.10), L. 8 pr. de rel. (11 7), L. 1 § 38 Depos. (**16**.3), L. 25 de act emti (**19**.1), L. 1 § 8 de insp. ventr. (**25**.4).

(20) Dans la L. 20 ibid. citée plus haut, il n'y a même nulle apparence de vol avec violences : *Si injuriae faciendae gratia Seji domum absentis debitoris signasset sine auctoritate ejus, qui concedendi jus potestatemve habuit, injuriarum actione tenetur.*

(21) L. 2 § 18 Vi bon. (**47**.8) *Si quis igitur rem* SUAM *rapuit, vi quidem bonorum raptorum non tenebitur, sed alias multabitur.* Les juristes romains ne donnaient pas davantage, dans la même hypothèse, *l'act. quod metus*

(L. 10 § 16 quæ in fr. cred. 42.8 : *Si debitorem... consecutus essem fugientem ... et abstulissem ei id quod mihi debeatur*), ou lorsque ce n'est que passagèrement que l'on prend la chose d'autrui, p. ex. quand, lors d'une forte pluie, on prend le parapluie d'un autre ou que, dans la bataille ou bien dans la fuite, on lui enlève son cheval. L'*animus lucri faciendi* peut, d'autre part, exister, sans que pourtant il y ait vol avec violences, parce que la condition de la violence *contre la personne* fait défaut. Tel est le cas où quelqu'un a l'effronterie de se servir, à table d'hôte, des boissons, des mets, ou des cigares d'un étranger assis à ses côtés. Dans tous ces cas, on ne peut admettre un vol avec violences; l'injustice volontaire rentre ici exclusivement dans la catégorie des injures.

Il y a un autre argument, mais encore bien moins plausible, en faveur de l'opinion de WALTER, dans la L. 21 § 7 de furt. (47.2) : *Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. Quid ergo? Qua actione tenetur? Utique injuriarum, aut de vi accusabitur, si per vim introivit.*

Le texte ne dit point que le vol constitue en même temps une injure. Il suppose même, en termes exprès que le fait ne soit pas encore accompli (*nondum fur est*) et il soulève la seule question de savoir à l'aide de quelle action on peut poursuivre l'auteur, du chef de *l'introduction clandestine.* Après avoir répondu : au moyen de *l'actio injuriarum*, il ajoute : en cas d'introduction à l'aide de violences (*aut... si per vim introivit*), il pourrait aussi être poursuivi *au criminel* (*accusabitur de vi*).

---

causa. L. 12 § 2 quod metus c. (4.2) *propter naturam metus causa actionis, qui* DAMNUM *exigit, quamvis negari non possit, in Juliam eum de vi incidisse et jus crediti amisisse.* Quant au texte ci-dessus, je prouverai plus loin, lorsque le moment en sera venu, qu'il contient un cas de justice privée : celui de l'appropriation d'autorité privée des choses du débiteur, de la part du créancier (*ire in possessionem* sans *missio* de l'autorité).

Concluons : il n'existe point de texte qui range le vol simple ou le vol à l'aide de violences sous le point de vue de l'injure. Il n'y en a pas davantage pour le cas du *dolus*; auquel cependant le point de vue de l'injure aurait pu se rattacher plus facilement.

Donc il n'est pas vrai de dire que toute lésion juridique volontaire contient une injure. Jamais les juristes romains n'admettent une injure là où existent les conditions légales d'un autre délit. S'ils avaient donné à la notion de l'injure une conception tellement étendue qu'elle eût compris même les autres délits, ils auraient au moins une fois fait mention de cette double conception. Or ils ne l'ont pas fait. Ils auraient dû mettre deux actions à la disposition du lésé, ou s'ils ne lui donnaient que les autres actions de délit, ils auraient dû mentionner expressément cette restriction comme une particularité *de droit positif*. Il faut en conclure qu'à leurs yeux l'injure avait des conditions légales spéciales qui la distinguaient des autres délits.

Tandis que *l'actio injuriarum* n'entre jamais en concours électif avec les autres actions de délit([22]), il en est tout autrement pour les actions *réipersécutoires*. Ainsi, p. ex. dans la L. 25 de act. emti (**19**.1) citée plus haut (p. 2), on donne à l'acheteur d'une récolte de vin, le choix entre *l'actio injuriarum* et *l'actio ad exhibendum*, et la L. 1 § 38 Depos. (**16**.3) y ajoute même *l'actio depositi*. Ce concours n'a rien d'étonnant, il se reproduit par rapport à d'autres délits. Lorsque le défendeur à la *reivindicatio* a détérioré ou détruit la chose, il est loisible au demandeur de faire valoir

---

([22]) Le concours *cumulatif* de cette action avec d'autres actions de délit, p. ex. *l'actio legis Aquiliae*, *de dolo* n'a rien à voir avec la question ci-dessus; dans ce cas *deux* délits ont été commis, dont chacun a ses conditions légales propres qui les opposent nettement l'un à l'autre. Que l'on songe p. ex. au cas où un individu verse intentionnellement des immondices sur un autre. Ce fait donne naissance en même temps à *l'actio legis Aquiliae* et à *l'actio injuriarum*.

ses prétentions de ce chef, soit au moyen de *l'actio legis Aquiliae*, soit au moyen de l'action intentée (L. 13, 14 de R. v. 6.1). Si *l'act. de dolo* n'était point une action subsidiaire, il en aurait été absolument de même, quant à elle, pour le *dolus* dans les rapports contractuels.

Ces rapports donnent également lieu à la question à laquelle nous venons de répondre pour les délits, savoir : si le fait d'une lésion juridique volontaire suffit à faire naître *l'actio injuriarum* à côté des autres actions applicables. Dans l'affirmative, il y aurait entre ces actions et *l'actio injuriarum* un concours semblable à celui que l'opinion réfutée ci-dessus admet, en cas de délit, entre cette dernière action et l'action naissant du délit. Le déposant, le commodant, le bailleur, l'acheteur pourraient alors, en cas de rétention injuste de la chose, agir par l'action d'injure au lieu de l'action contractuelle. Le propriétaire pourrait agir contre le *malaè fidei possessor* par l'action d'injure, au lieu de recourir à la *rei vindicatio*. Toutes les autres *in rem actiones* pourraient même, dans cette hypothèse, être remplacées par cette action. Cette conséquence suffit à elle seule pour réfuter la thèse que toute lésion juridique volontaire donne lieu à l'action d'injure. L'action d'injure serait devenue alors l'action générale pour toute injustice volontaire, elle aurait pu remplacer toutes les actions réipersécutoires.

Or, nulle part les juristes romains ne mentionnent cette action comme pouvant résulter de ces rapports. Ces juristes n'ont aucune connaissance de l'idée émise d'abord par WALTER et reprise ensuite par d'autres, tels que WENING-INGENHEIM et WINDSCHEID, savoir que : « toute lésion juridique contient une atteinte à *l'existimatio*, une injure. » Un autre élément devait, à leurs yeux, venir se joindre à celui de l'injustice volontaire.

Que cet élément doive être, abstraitement, désigné comme l'*animus injuriandi*, cela ne peut être l'objet d'un doute. Mais cela ne nous avance guère. Il faudrait spécifier si

étroitement *l'animus injuriandi* qu'on ne puisse y faire rentrer toutes les lésions juridiques volontaires, mais qu'il comprenne seulement celles pour lesquelles les juristes romains admettent *l'actio injuriarum*. Ceux-ci ne nous fournissent aucune indication à cet égard; nulle part on ne les voit s'essayer à déterminer plus exactement *l'animus injuriandi*. Il arrive même souvent qu'ils n'en parlent pas et qu'ils estiment suffisante l'existence des conditions légales extérieures. Là où ils en parlent en termes exprès, ils n'indiquent point en quoi consiste le caractère personnellement blessant de la lésion juridique. Bref, ils opèrent à l'aide d'une idée qu'ils ne jugent point nécessaire d'établir en principe. Pour saisir cette idée, nous n'avons donc d'autre moyen que de parcourir les cas particuliers et de nous rendre compte des différences qu'offrent avec toutes les autres, les lésions juridiques dont il y est question.

Tout d'abord on pourrait s'aviser de croire que ce caractère distinctif consiste dans *l'esprit de lucre* (*animus lucri faciendi*) qui sépare de l'injure les trois délits, dont seuls il peut être question ici, savoir : le vol simple, le vol à l'aide de violences, et la tromperie. Le voleur, le brigand, le trompeur cherchent à s'approprier un avantage patrimonial aux dépens de celui qu'ils attaquent. Tel n'est point le cas de celui qui défend à un autre de se servir d'un chemin public, d'un bain public, etc. (L. 13 § 7 de injur... *in publicum lavare vel in cavea publica sedere, conversari*, L. 2 § 9 ne quid in loco publ. (**43**.8) *in mari piscari aut navigari... in campo publico ludere... in theatro spectare*) ou de se servir de ses propres choses (L. 13 § 7 cit. *re mea uti*), de vendre ses esclaves (L. 24 ibid.), ni de celui qui décachette le testament déposé chez lui et en donne lecture à d'autres (L. 1 § 38 depos. **16**.3, L. 41 pr. ad. leg. Aq. **9**.2).

Mais dans certains autres cas rapportés dans les sources, *l'animus lucri faciendi* existe réellement. Celui qui retient

injustement la chose dont il a déjà fait tradition à l'acheteur, mais que celui-ci n'est pas encore venu prendre, (L. 25 de act. emti. 19.1) agit dans le but de s'approprier cette chose. Il en est de même de celui *qui bona alicujus vel unam rem per injuriam occupaverit* (L. 15 § 31 de injur.), ainsi que du créancier qui, en l'absence du débiteur et sans permission de l'autorité, saisit sa maison (L. 20 ibid. *domum signasset*). Voici d'autres cas non mentionnés dans les sources, où il n'est point douteux que l'*actio injuriarum* serait seule applicable. Quelqu'un se verse, à table d'hôte, du vin de son voisin, il prend ses cigares. Cet acte n'étant ni clandestin, ni commis à l'aide de violences contre la personne, l'*actio furti* et l'*actio vi bonorum* sont exclues en droit romain. Donc l'*act. injur.* reste seule ouverte. On devrait en dire autant du cas où quelqu'un s'emparerait ouvertement, dans son propre intérêt, de *l'usage* des choses d'autrui. En rue, et par une forte pluie, quelqu'un arrache à un autre son parapluie. Au sortir du bal, ne parvenant point à trouver son pardessus, il prend celui d'un autre, ou bien, voyant que sa voiture n'est pas arrivée, il monte dans celle qu'une autre personne a commandée. Il prend, dans un coupé de chemin de fer, ou dans un local public, possession de la place retenue par un autre, ou se loge, à l'hôtel, dans la chambre qu'un autre avait déjà choisie. Dans tous ces cas, c'est l'intérêt personnel qui fait agir, tout comme dans le *furtum rei* et le *furtum usus. L'élément de l'intérêt personnel ne peut donc servir à distinguer la lésion juridique injurieuse des trois délits mentionnés ci-dessus.*

Il ne reste, dès lors, à titre de signe distinctif que la *nature* de la lésion. Essayons de nous rendre compte du caractère particulier de celle-ci.

Il peut se rendre en *un mot :* dans la lésion juridique injurieuse, l'auteur s'engage ouvertement, en personne, à raison de la lésion, il avoue avoir fait ce qu'il a fait. Dans la lésion non-injurieuse, au contraire, il cherche à se

soustraire aux conséquences de son fait, il a peur qu'on ne le découvre et cherche à l'empêcher le plus possible : le voleur en agissant clandestinement, le trompeur en observant les formes légales du droit, le brigand en escomptant qu'il ne sera point reconnu ou, tout au moins, qu'il échappera aux atteintes de la justice. Bref, toutes ces personnes *redoutent* le droit, elles cherchent à échapper aux conséquences préjudiciables de leur conduite. Aucune d'elles ne sera assez folle pour dire : j'ai volé, trompé, soustrait par violence. Elles fuient le droit ; aucune d'elles n'assume en personne la responsabilité de sa conduite. Celui-là, au contraire, qui commet une lésion injurieuse agit tout autrement : il ne redoute point le droit, il le méprise ouvertement. Toutes les lésions injurieuses se présentent, comme nous le verrons plus loin, en des circonstances où le droit d'autrui est incontestable et se trouve ouvertement foulé aux pieds. Là est précisément le côté personnellement blessant qui imprime à cette forme de lésion, en opposition avec toutes les autres, le sceau de l'injure. Elle repose sur la supposition que le lésé n'osera entrer en lice pour son droit, ni à l'instant et en personne, ni après coup, en suivant les voies légales. L'auteur du fait exprime son avis sur la personnalité du lésé en disant : « avec toi, je puis me permettre cela, tu es homme à te laisser faire. » Sous ces deux expressions, *se permettre* et *se laisser* faire, le langage a exactement saisi le caractère particulier de cette lésion du droit. C'est le fait de se mettre au-dessus d'une autre personne, de mépriser le droit d'autrui, fait qui repose sur la supposition du manque de courage moral d'autre part, de la *lâcheté en droit*. L'homme vraiment digne de ce nom entre en lice pour son bon droit. Quand ce droit est douteux, il peut préférer éviter la lutte, mais quand ce droit est incontestable et incontesté, il ne peut, sans déchoir dans l'opinion publique, tolérer qu'on le méprise ; il s'attirerait le reproche de laisser impunément fouler aux pieds sa personne et son droit.

C'est là le point de contact entre la lésion du droit et *l'honneur*, la *connexité*, déjà expliquée dans un autre de mes écrits[23], *entre le droit et la personnalité*. « Abandonner ses droits sous les pieds d'autrui, dit KANT[24], c'est manquer aux devoirs de l'homme *envers lui-même;* » et il en tire la maxime: « Ne laissez pas impunément fouler vos droits aux pieds d'autrui. — Celui qui rampe comme un ver n'a pas à se plaindre d'être foulé aux pieds. »

Je crois avoir ainsi tiré au clair le caractère injurieux de ces lésions du droit. Je n'ai fait en cela que traduire une idée vivante en nous tous, même dans l'homme le plus simple qui a le sentiment de soi-même. Dans la vie ordinaire, on désignerait les actes indiqués aux exemples ci-dessus comme constituant une *impertinence*, une *effronterie*, une *impudence*. Ces expressions rendent exactement l'essence de ces actes en opposition avec toutes les autres lésions du droit. Il n'arrivera à personne d'appliquer ces expressions au voleur, au brigand, au trompeur. Elles ne peuvent s'entendre que des atteintes à la sphère juridique d'autrui, qui renferment la prétention de s'élever au-dessus d'un autre et, par suite, la mésestime de ce dernier. Au point de vue du droit, on pourrait désigner la révolte contre l'ordre légal qui y est contenue, comme *mépris* ou *dédain insolent* du droit, et les lésions juridiques mêmes comme *outrageantes*, *frivoles*, *injurieuses*, par opposition aux lésions *ordinaires*, *simples*. Comme expression particulière, je recommande celle de *mésestime* du droit, par opposition à celle de *transgression* ou *lésion* du droit.

IV. — Conditions légales de la lésion injurieuse d'après les sources.

Nous nous adressons aux sources dans le but d'établir, par l'examen des cas particuliers qu'elles nous présentent, l'exactitude de la notion que nous venons de donner de la

---

(23) JHERING. Combat pour le droit, 8e edit. Vienne 1886, trad. fr. de MEYDIEU. Vienne 1875, 8º.

(24) V. la préface de l'écrit cité, p. IX.

lésion juridique injurieuse et d'en montrer clairement ensuite l'application dans la pratique.

Je commence par les cas traités par les L. 2 § 9 de quid in loco publ. (**43**.8) et L. 13 § 7 de injur. (**47**.10.) Une personne en empêche une autre de : *in mari piscari aut navigari, in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare — in cavea publica sedere, vel in quo alio loco agere, sedere, conversari — aucupari.* Dans tous ces cas, il s'agit d'une atteinte flagrante et injurieuse à la sphère juridique d'autrui. Chacun a le droit de se servir des choses publiques (le droit *d'usus publicus*, δίκαιον δημοτικόν, comme le nommaient les juristes byzantins[25]. L'interdiction de l'exercice de ce droit est *absolument* dépourvue de fondement juridique. Pareille interdiction contient dès lors une lésion manifeste de la personnalité, une mésestime de cette *personnalité* même, résultant de la mésestime du *droit* qui lui appartient. C'est pourquoi il y a lieu à l'action d'injure, et à cette action-là seulement. Il ne saurait être question des interdits concernant les *res publicae.* La lésion juridique que ces dernières actions ont pour objet, n'est pas personnellement blessante. Elle ne frappe point une personne *déterminée*, mais le *public* tout entier ; son illégalité n'est pas à priori évidente, puisque l'acte peut être permis par l'autorité [26]. Aussi peut-elle être l'objet d'un débat judiciaire, tandis que l'interdiction dont nous parlons ne saurait jamais l'être ; on ne saurait même concevoir qu'une partie excipe du droit de la faire. Il en va de cette différence comme de celle qui existe entre les empiétements en matière de rapports de voisinage qui peuvent servir de base à une servitude et partant donner naissance à l'*actio negatoria*,

---

[25] V. JHERING Esprit du Dr R. tr. fr. T. IV p. 346 s. (3e édit.)

[26] L. 2 pr. Ne quid in loco publ. (**43**.8)... *praeterquam quod lege, senatus consulto, edicto decretove principum tibi concessum est.* L. 2 § 16 bid. L. 1 § 42 de Aqua (**43**.20).

et ceux qui ne sont point de cette nature. Lorsque mon voisin se sert du chemin existant sur mon fonds comme d'une route publique, il n'y a pas là de lésion injurieuse, même lorsqu'il sait que la servitude de passage ne lui appartient point. Il est libre de soutenir qu'elle lui appartient et de repousser ainsi l'*act. injur.*, en m'obligeant à intenter l'*actio negatoria* ou l'interdit *uti possidetis*. Lorsque, au contraire, il verse sur mon fonds des ordures, des déchets, lorsqu'il franchit la haie ou la clôture pour ramener ses canards, ses poules, ses oies, ou pour se mettre à la poursuite de son essaim d'abeilles, cette manière d'agir a tout le caractère d'une atteinte injurieuse à ma propriété. L'*actio negatoria* est ici complétement inadmissible, car des faits de ce genre ne peuvent être l'objet d'une servitude; l'assertion *jus mihi esse* qu'il devrait opposer à mon affirmation : *jus tibi non esse*, serait tout aussi absurde que dans le cas d'un soufflet donné, ou dans celui d'ordures faites sur mon terrain par un passant. Ce qui porte *in thesi* le caractère de l'injustice, ne peut *in hypothesi* être l'objet d'un débat judiciaire. L'affirmation du contraire par la partie adverse est ici à priori exclue, et il serait souverainement absurde d'accorder, dans l'espèce, l'*actio negatoria*, qui se base sur le *jus esse* ou *non esse*.

L. 8 § 6 si serv. (**8.** 5). *Apud Pomponium dubitatur libro 41 lectionum, an quis possit ita agere:* LICERE *fumum non gravem, puta ex foco in suo facere aut non facere. Et ait, magis non posse agi, sicut agi non potest :* JUS ESSE *in suo ignem facere aut sedere aut lavare.*

Ulpien ne s'explique point sur l'action qui est applicable dans le cas où quelqu'un empêche son voisin de faire de pareils actes, évidemment légitimes. Pomponius, je présume, se serait, dans l'espèce, décidé pour l'*actio injuriar.*, tout comme il l'a fait dans le cas de la L. 13 § 7 de injur. (**47.** 10) où Ulpien invoque expressément son autorité en faveur de cette action, qui paraît avoir spécialement attiré son attention.

Même pour des actes qui peuvent faire l'objet d'une servitude, *l'actio negatoria* serait exclue lorsque le voisin ne prétend à aucun *droit* de ce chef. Il serait absurde, ici, d'amener le juge à statuer sur le *jus esse*, puisque l'autre partie n'élève aucune prétention semblable. L'action applicable, dans ce cas, serait plûtot, abstraction faite de l'*interd. uti possidetis* (nº V), l'*actio injuriarum*, car il sagit d'une atteinte à notre sphère juridique que l'adversaire lui-même reconnaît comme telle, d'une mésestime *outrageante* et *injurieuse* de notre droit.

La L. 44 de injur. (**47.**10) de Javolenus, invoquée ci-dessus (p. 2), traite d'une espèce de ce genre. Elle contient deux exemples de chicane entre voisins. Le voisin supérieur utilise le toit du voisin inférieur pour y jeter ses ordures, y verser des eaux sales; l'autre se venge en produisant de la fumée, par pure chicane (*fumigandi causa fumum facere*). Pas n'est besoin de dire que l'*actio negatoria* n'est pas applicable ici; il ne peut être question d'un *jus esse* pour ces actes, et je ne puis approuver l'assertion de A. Pernice (Marcus Antistius Labeo T. II p. 9) qu' « Ariston a, le premier, accordé l'*act. negatoria* pour de pareilles atteintes. » La L. 8 § 5 si serv. vind. (**8.** 5) sur laquelle il la fonde, ne parle que d'actes qui peuvent former l'objet d'une servitude c.-à-d. qui sont commandés par l'intérêt de l'*exploitation du fonds*. L'exploitation de la *taberna casearia*, que le texte mentionne tout d'abord, comporte une production de fumée qui ne dépasse point la mesure ordinaire (L. 6 § 6 id. *fumum* NON GRAVEM, *puta ex foco*); sans cette servitude, cette industrie serait impossible. De même, pour pouvoir exploiter une carrière touchant au fonds voisin, il faut l'établissement de la servitude : *jus mihi esse in meo lapidem caedere, ut in tuum fragmenta cadant;* sans quoi cette industrie serait également impossible. Dans les deux cas, la servitude se meut dans le cadre de la loi (*servitus fundo utilis esse debet*); cette destination économique du fonds est, sans elle, impossible. Sous

le même point de vue tombe la possibilité d'établir la servitude dans le troisième cas mentionné dans le texte : *immittere aquam vel quid aliud*. L'écoulement des eaux, des déchets (*servitus cloacae*. L. 7 de serv. **8.** 1, *jus cloacae* IMMITTENDÆ *servitus est*), le placement du *tignum* dans le bâtiment d'autrui (*servitus tigni immittendi*) peut être commandé par la situation, par la nature du fonds dominant. Dans tous ces cas, il ne s'agit point d'un *immittere manuel*, mais d'un *immittere* occasionné par des dispositions *de fait* (établissements) et répondant à la condition ci-dessus.

Il en est tout autrement du jet d'ordures, déchets, immondices, sur le fonds voisin ou, comme dans le cas du texte ci-dessus, sur le toit voisin. Pour déclarer admissible une servitude de ce genre, les Romains auraient dû renier leurs principes concernant les conditions de la servitude prédiale : l'*utilitas* et la *perpetua causa*, principes qu'ils avaient si rigoureusement maintenus partout ailleurs. Une servitude prédiale était ici aussi inconcevable que l'était, aux termes de la L. 8 pr. de serv. (**8.**1), la servitude : *ut pomum decerpere*, *ut spatiari*, *ut coenare in alieno possimus*, ou bien la servitude mentionnée dans la L. 28 de Serv. pr. urb. (**8.**2) et ayant pour objet le déversement des eaux de vaisselle (servitude d'évier). L'argument à l'aide duquel le juriste repousse cette dernière : *neque enim perpetuam causam habet, quod* MANU *fit* aurait à lui seul suffi pour exclure une servitude ayant pour objet le jet d'ordures etc. sur le toit du voisin, abstraction faite du manque *d'utilitas* pour le *fundus*. *L'act. negatoria* qui suppose comme possible l'assertion du *jus esse* par la partie adverse, était par cela même exclue dans les cas de la L. 44 de injur. Aussi Ariston ne pouvait-il être le premier à l'accorder, et il ne l'a point accordée en effet. Le seul point de vue exact était celui de l'*injure* établi par Javolenus dans le texte, savoir celui de l'atteinte non susceptible d'une justification en droit, qu'en pleine connaissance

de l'injustice de l'acte, on porte ouvertement à la sphère de propriété d'autrui.

Il en est de même du second exemple du texte, du *fumum facere superioris vicini fumigandi causa*. Une production de fumée commandée par des buts économiques et ne dépassant point la mesure ordinaire (*fumum* NON GRAVEM *facere*) est permise; une production de fumée excédant cette limite, comme peut l'exiger l'exploitation d'une fabrique, p. ex. dans le cas de la *taberna casearia* mentionnée à la L. 8 § 5, déjà citée, suppose une servitude qui a cette production pour objet et qui, comme les Romains l'exigent, satisfait alors à un *intérêt économique*. Le cas de la L. 44, au contraire, est tout autre. Ici la fumée est produite *fumigandi vicini causa*, c'est-à-dire non pas dans un but économique, mais par pure chicane. C'est un cas semblable à celui rapporté dans un article de WERENBERG (Jahrbücher VI. 1 p. 94), où le possesseur d'un dépôt de fumier attenant à la salle à manger d'un hôtel, faisait remuer tous les jours son fumier à l'heure des repas, afin d'obliger le voisin à lui acheter son terrain. En ajoutant: *fumigandi vicini causa*, JAVOLENUS exclut la production de fumée dans un but économique. Il insiste même formellement sur ce point, puisqu'il justifie son opinion qu'il y a ici lieu à *l'act. injur.* en disant : *si tamen injuriae faciendae causa immittitur*. Un pareil *immittere* ne donnerait pas non plus lieu à *l'act. negatoria*. Il serait absurde de soumettre à l'appréciation du juge le droit de produire de la fumée, et de laisser l'adversaire objecter le *jus mihi esse*, quand, d'après les circonstances, cette production de fumée, ne peut être interprétée que comme une pure chicane. Celui-là seul peut s'aviser de cette idée qui, se basant sur la portée prétendument illimitée de la propriété, accorde au propriétaire le droit de faire sur son fonds tout ce que lui plaît. D'après cette manière de voir il faudrait aussi reconnaître au propriétaire du dépôt de fumier dont question ci-dessus, le droit de le faire remuer tous les jours.

Le point de vue décisif, en ce qui concerne les droits du propriétaire dans ses relations avec ses voisins, est l'intérêt économique, et les juristes romains s'en sont tenus à ce point de vue même lorsqu'ils ont étendu ces droits au moyen de la servitude prédiale. Des servitudes sans intérêt *économique* sont juridiquement impossibles, quelle que soit la valeur qu'elles aient pour celui qui voudrait se les faire constituer. Tel serait p. ex. le cas d'une servitude sur l'ensemble de la récolte du fonds adjacent et à plus forte raison celui où la servitude serait dépourvue de toute valeur, où elle ne servirait qu'à un pur caprice. L'impossibilité de concevoir une servitude dans ces deux cas n'exige donc point de plus ample observation, et il en est de même de la conséquence qui en découle, à savoir que, dans les deux cas, *l'act. negatoria* est exclue et que partant *l'act. injur.* pouvait seule, en droit romain, offrir une protection contre de semblables atteintes.

Le texte ci-dessus soulève encore une question qui ne manque pas d'importance. Javolenus justifie l'application de l'*actio injur.* en ajoutant : *si tamen injuriae faciendae causa immittitur*. Cela veut-il dire : *si*, ou *dans la supposition* que l'*animus injuriandi* existe d'autre part, ou bien : *puisque, considérant que?* A mon avis, ces mots ont ce dernier sens. Si, dans l'idée du juriste, cette addition avait eu le sens d'une condition, il serait par cela même convenu qu'il était possible, pour le voisin supérieur, de jeter des ordures, des déchets, etc. sur le toit, sans se rendre ainsi coupable d'une lésion du droit. Ce voisin aurait pu, dans cette hypothèse, se couvrir en prétextant qu'il n'agissait pas *injuriae faciendae* mais dans le but de se débarrasser commodément des choses jetées, et l'adversaire aurait dû commencer par faire la preuve, à peine possible en règle générale, de l'*animus injuriandi*. L'action que le juriste avait donnée d'une main, serait ainsi reprise de l'autre. Au même titre, les juristes romains auraient pu déclarer que, dans tous les autres cas, il ne suffisait pas de

l'existence purement extérieure des conditions légales pour que l'*act. injur.* prît naissance, et exiger en outre la preuve préalable de l'*animus injuriandi*. Dans le cas de la L. 25 de act. emti (**19**.1), p. ex., l'acheteur aurait en outre dû prouver tout d'abord que le vendeur retenait la chose vendue et livrée, *injuriae faciendae causa*. Il aurait dû, dans les cas des L. 15 § 31 et L. 20 de injur. (**47**.10) prouver de même que le défendeur ne s'était pas borné à prendre possession ou à pratiquer une saisie sur les choses du demandeur, mais qu'en le faisant il avait voulu le léser personnellement. Or, ni dans ces cas, ni dans les autres, les juristes n'exigent cette condition. Ce n'est qu'à l'occasion de la lecture, par le dépositaire, du testament déposé, qu'Ulpien, dans la L. 41 ad leg. Aq. (**9**.2) insiste sur cette condition : *si* INJURIAE FACIENDAE CAUSA *secreta judiciorum publicavit*, tandis que le même juriste déclare, dans la L. 1 § 38 Depos. (**16**.3), qu'il suffit du simple fait : *si hoc animo recitatum testamentum est, quibusdam praesentibus, ut judicia secreta ejus, qui testatus est*, DIVULGARENTUR. Ulpien pose ainsi comme possible que le dépositaire prenne lecture du testament sans avoir cette intention. Comment s'est-il représenté ce cas? Il semble que la lecture d'un testament — il n'est pas dit s'il faut le supposer scellé ou non scellé; dans le premier cas, il y aurait en plus le bris des sceaux — il semble, dis-je, que la lecture d'un testament renferme toujours un abus de confiance, une indiscrétion de la pire espèce. L'*intention* de divulguer le contenu du testament n'importe guère, car le dépositaire doit se dire que cette conséquence *peut* se produire, et que même lorsqu'elle ne se produit pas, il n'a, en tous cas, pas le droit de communiquer le contenu du testament à d'autres personnes. Je ne puis me figurer qu'un seul cas dans lequel le dépositaire aurait ce droit : c'est lorsqu'il s'agit d'un simple projet de testament, sur la teneur duquel le dépositaire, avec l'assentiment du testateur, consulte des personnes

compétentes. Un cas de la vie actuelle auquel s'applique parfaitement la distinction d'Ulpien, est celui de l'ouverture ou de la lecture d'une lettre ou d'une dépêche adressée à un autre. Les circonstances, p. ex. une maladie grave ou l'absence du destinataire, peuvent être de telle nature que des tiers, p. ex. le médecin, un ami, se voient, dans son propre intérêt, contraints d'ouvrir la lettre ou la dépêche, soit pour lui en communiquer le contenu, soit pour le lui cacher, selon le cas. Dans toute autre hypothèse il y aurait toujours lésion injurieuse, p. ex. quand un employé de la poste ou un tiers ouvre la lettre, ou lit celle que j'ai laissée ouverte dans ma chambre. S'il y avait en jeu un intérêt pécuniaire, l'*actio doli* viendrait concourir avec l'*act. injuriarum,* comme dans le cas où un concurrent s'empare et tire profit de la dépêche qui m'était adressée et qui contient les derniers cours de la bourse, fait qui est arrivé fréquemment. Exiger encore, dans ces cas, la preuve de l'*animus injuriandi* serait franchement absurde : cet *animus* appert du fait même, tout autant que dans le cas d'un soufflet. Les conditions légales extérieures de la lésion injurieuse renferment, en elles-mêmes, l'*animus injuriandi*. Celui qui pour un motif quelconque, par curiosité, par amour du lucre, par vanité, par mépris pour l'adversaire, se rend coupable de pareille lésion, *doit* se dire qu'il se permet là une chose que l'autre ne laissera pas passer.

J'aborde le cas de la L. 25 de act. emti (**19**.1). Ici, les conditions légales de la lésion injurieuse consistent en ce que le vendeur, après avoir fait à l'acheteur la tradition de la chose vendue, se met à l'empêcher d'exercer le droit de propriété qu'il a lui-même reconnu. Sa manière d'agir se présente par conséquent comme une mésestime outrageante, frivole de la propriété d'autrui. Le cas tombe sous le point de vue établi par le juriste dans la L. 13 § 7 de injur. (**47**.10) : *si quis re mea uti me non permittat,* et dont un second cas d'application se trouve dans la L. 24

ibid : *si quis proprium servum distrahere prohibetur*. Dans ces deux cas, il n'existe pas la moindre apparence de droit du côté du tiers ; l'empiétement sur la propriété d'autrui est absolument flagrant. Lorsque le vendeur n'a pas encore fait la tradition de la chose, le rapport contractuel qui est toujours en suspens lui offre, pour retenir la chose, un moyen qui, tout en étant dénué de fondement, n'en est pas moins possible dans la forme. Lors même qu'il a déjà reçu le prix de vente, il peut objecter que le paiement n'était pas juste, p. ex. qu'il a été fait en pièces fausses, qu'il a été commis une erreur dans le compte de la somme, que le délai fixé pour la tradition n'est pas encore expiré. La tradition une fois faite, toute objection semblable, empruntée à *l'obligation*, disparaît; l'acheteur a désormais, vis-à-vis du vendeur la même position que tout tiers empêché par ce dernier d'exercer son droit de propriété. C'est la circonstance que le vendeur a, lui-même, reconnu l'acheteur comme propriétaire, qui constitue la différence entre ce cas et celui de la rétention volontaire injuste commise par le *malae fidei possessor* dans la procédure en revendication. Au fond, le *malae fidei possessor* commet la même injustice que le vendeur dans le cas ci-dessus ; mais dans la forme, la chose prend une autre tournure par le fait qu'il conteste la propriété. Avant que le juge puisse décider que le défendeur a tort, il faut tout d'abord que le droit du demandeur soit prouvé ; dans notre cas il ne le faut point. Bref, dans l'un cas, la résistance est justifiée dans la forme, dans l'autre, elle ne l'est point ; c'est ici l'arbitraire nu, flagrant qui barre la route au droit. Dans le fait de s'attribuer sciemment un droit qu'on n'a point, il n'y a point de lésion juridique injurieuse. Pareille lésion n'existe que là où l'existence du droit ne peut nullement faire l'objet de la contestation. Je ne puis poursuivre par *l'actio injuriarum* le voisin qui sciemment s'arroge une servitude de passage sur mon fonds. Je n'ai au contraire que cette action-là contre le voisin qui, tout en avouant ouvertement que

la servitude ne lui appartient point, passe néanmoins sur mon fonds ou y fait des actes qui ne peuvent former l'objet d'aucune servitude (p. 36). *L'actio negatoria* serait, dans ce cas vide de sens puisqu'il ne peut être question d'une appréciation du *jus esse* par le juge, là où nul *jus* n'est prétendu ou ne peut être prétendu par l'adversaire.

Pour les choses mobilières, le principe posé par Ulpien dans la L. 13 § 7 cit. : *Si quis re mea uti me non permittat, injuriarum actione conveniri potest*, ne souffre aucune exception. On ne saurait concevoir, ici, un droit de prohibition du non-propriétaire contre le propriétaire ; aussi les deux exemples que citent nos sources, dans le texte ci-dessus, concernent-ils des choses mobilières. (L. 25 cit. : *rem suam* TOLLERE, L. 24 : *proprium* SERVUM *distrahere*). Mais pour les choses immobilières, le principe ne s'applique point d'une manière aussi générale. Les rapports de voisinage comportent des droits de prohibition du non-propriétaire vis-à-vis du propriétaire : les *servitudes négatives*. C'est ce qui rend possible, pour les choses immobilières, alors qu'elle ne se conçoit point pour les choses mobilières, une contestation sur l'existence d'un pareil droit de prohibition, sous la forme de l'*actio negatoria* et de l'*int. uti possidetis*. Pour cette dernière voie de droit, le juriste se sert de la même tournure de phrase que pour l'*act. injur.* : *Si quis prohibeatur qualiter velit suo uti*, sans mentionner, dans ce cas, la possibilité de l'*act. injur*. A-t-il voulu exclure ainsi cette action? Nous examinerons ce point plus tard, à l'occasion des troubles possessoires. Qu'il nous suffise de remarquer ici que le propriétaire qui est en possession, ne peut, pour les choses mobilières, se protéger contre les atteintes portées à sa sphère de propriété que par l'*actio injuriarum*, avec laquelle concourt l'*actio ad exhibendum* dans le cas de la L. 25 citée (*si rem* TOLLERE *prohibeatur*).

Pourquoi, dans la L. 25 cit., le juriste ne mentionne-t-il, à côté de *l'act. injur.* que *l'actio ad exhibendum*, et non, en

outre, *l'interdit utrubi?* Après que le vendeur avait livré la chose, l'acheteur était, d'après les principes sur l'*accessio possessionis*, en droit d'intenter cet interdit; juridiquement il était celui chez lequel la chose *majore parte anni fuit*, et, par conséquent, en droit de *ducere* (*tollere*) (L. 1 pr. de utrubi **43**.31). Mais c'est précisément parce que ce point était au dessus de toute contestation qu'il ne pouvait y avoir lieu à l'interdit. Il eût été absurde de réclamer encore du juge une instruction sur l'existence des conditions de l'interdit. Cela eût été tout aussi absurde que d'intenter une *reivindicatio*, ou une *actio in personam* contre un adversaire qui reconnaissait le droit de propriété ou le droit personnel du demandeur sans y opposer une *exceptio*, ou bien d'intenter une *actio negatoria* en cas d'empiétements entre voisins, qui ne pouvaient en aucune façon former l'objet d'un *jus in re*. Dans tous ces cas, point n'était besoin d'un examen du juge, la chose était évidente par elle-même.

La seule action dont il pouvait encore être question, dans le cas de la L. 25 cit., était l'*actio ad exhibendum*. C'était là, précisément, le vrai moyen de recours contre la *rétention sans fondement* de la chose d'autrui, [27] dont nous nous occupons. Dans le droit le plus ancien, c'était là, à mon avis, la destination exclusive de cette action [28].

---

[27] V. les exemples des L. 3 de pign. act. (**13**. 7), L. 4.5. pr. § 2, 3-5, 12 § 3 ad exhib. (**10**. 4) L. 9 in f. de J. Dot. (**23**. 3) L. 1 § 2 de pigno junct. (**47**. 3) L. 1 § 6. 32 de vi (**43**. 16) L. 8 § 2 Arb. furt. (**47**. 7) L. 11 pr. de minor. (**4**. 4) Arg. L. 63 de leg. II (**31**). Un cas entièrement semblable à celui du texte est traité par la L. 16 pr. de praesc. verb. (**19**. 5) : *Permisisti me cretam eximere de agro tuo .. Si nec patiaris, me cretam* TOLLERE, *tum agam ad exhibendum, quia* MEA *facta est, cum voluntate tua exemta sit.* Peu importait, au surplus, qu'indépendamment de la rétention sans fondement il y eût encore prise de possession personnelle. V. des cas de cette dernière espèce dans L. 5 § 3-5 ibid.

[28] J'ai l'intention de justifier ailleurs cette manière de voir, en la mettant en rapport avec une étude approfondie du droit de propriété le plus ancien. Je ne fais ici que l'indiquer brièvement en résumé.

Le droit de propriété originaire avait une double face : il comprenait le

Dans le droit nouveau, elle en a obtenu encore une autre, dont il n'est pas question ici. Dans cette direction, elle

---

meum esse EX JURE QUIRITIUM, et le simple MEUM ESSE, le premier pour les *res mancipi*, le second pour les *res nec mancipi*. *Le jus quiritium* consistait dans le droit de réaliser *soi-même, extrajudiciairement*, la propriété établie en forme solennelle, c'est-à-dire en s'en prévalant au moyen de la *manus* (*manum depellere, injicere, conserere, man-cipatio, man-cipium*, symbolisation de la *manus* dans la *mancipatio*, par la saisie de la chose). Cette *manus* correspondait à la *manus injectio* extrajudiciaire d'une dette d'argent solennellement établie par sentence du juge, ou par *nexum*. C'était un acte solennel dont la partie devait d'abord donner connaissance à l'adversaire, et dans lequel elle devait amener ses témoins avec elle, ce que ce dernier avait également à faire lorsqu'il voulait élever une contradiction. Dans ce cas, les parties se rendaient immédiatement, avec les témoins (*suis utrisque superstitibus praesentibus*) devant le tribunal, et la procédure de revendication était introduite. Elle avait pour but l'examen de la légalité *de ce qui s'était fait extrajudiciairement* (*vis*, VIN-*dicare*), comme la *legis actio per manus injectionem* avait pour but l'examen de la légalité de la *manus injectio* faite extrajudiciairement.

La protection du droit se restreignait, pour les *res nec mancipi*, aux actions de vol, et à l'*actio ad exhibendum* dans le cas de rétention non justifiée (non frauduleuse). Mais les actions de vol n'étaient pas dirigées seulement contre le voleur; elles l'étaient aussi contre le réceleur ou celui qui, en droit, était considéré comme tel (*actio furti concepti* GAIUS III. 186: *Apud* ALIQUEM *quaesita et inventa... quamvis fur non sit*). Pour les *res nec mancipi*, il ne fallait point *le dominium auctoris*; il suffisait de la tradition *ex justa causa*. Le *bonae fidei possessor* était propriétaire; il n'avait point à redouter une éviction. Aussi n'y avait-il point lieu ici à l'*usucapio*, ni à l'*actio auctoritatis*. L'*usus* et l'*auctoritas* (garantie de l'éviction) de la loi des XII tables étaient restreints aux *res mancipi*. Ce ne fut que lorsque la *reivindicatio* eût été étendue aux *res nec mancipi*, et qu'ainsi une éviction eût été également rendue possible pour elles que l'*usucapio* y fut également rendue applicable (la nécessité de la *lex Atinia* ne trouve son explication que de cette manière) et que l'*act. auctoritatis* fut remplacée par la *stipulatio duplae*. De même que la *reivindicatio* fut étendue aux *res nec mancipi*, de même l'*act. ad exhib.* fut alors aussi étendue aux *res mancipi*.

Cet état des choses nous explique toute une série de phénomènes particuliers du droit ancien. Ainsi p. ex. l'existence de la *condictio furtiva* A CÔTÉ de la *reivindicatio*, ce qui paraissait une énigme aux juristes romains eux-mêmes (GAIUS IV. 4). — Dans le droit ancien, le propriétaire se voyait exclusivement réduit à la première pour les *res nec mancipi*; il n'avait aucune *reivindicatio*. Le concours des deux actions est le résultat du nivellement ultérieur qui rendit communs aux *res mancipi* et aux *res*

remplit la fonction de l'action d'injure en matière de propriété. Si le droit ancien ne l'avait déjà connue dans cette direction, on aurait pu, dans le droit nou-

---

nec mancipi les principes du droit et les moyens de recours (*reivindicatio, usucapio, actio ad exhibendum, condictio furtiva*). Je citerai ensuite l'exclusion de la *reivindicatio* à l'égard du *tignum junctum*. — Comme *res nec mancipi*, ce dernier ne pouvait nullement être revendiqué; la *condictio furtiva* (*tignum* FURTIVUM) était seule possible. Puis, l'acquisition de la propriété par le *bonae fidei possessor* sur les fruits (le *jus vetustissimum bonae fidei possessionis*. L. 12 § 8 de capt. **49**. 15). Tous les fruits étaient *res nec mancipi*, même les jeunes des animaux faisant partie des *res mancipi* (GAIUS II. 15); ces derniers revenaient donc, d'après les principes généraux, au *bonae fidei possessor*. Seul, l'enfant d'esclave (*partus ancillae*) était *res mancipi*, c'est-à-dire pouvait être évincé par le propriétaire de la mère, même sur le *bonae fidei possessor*, ce qui trouvait sa raison d'être dans la considération de la mère (*dura separatio* L. 12 § 7 de instr. leg. **33**. 7, L. 41 § 2 de leg. 3 (**32**) *pietatis intuitu*). Puis encore, la nécessité de l'*act. ad exhibendum* existant déjà dans le droit le plus ancien (son but n'était pas l'*exhibition* de la chose, mais sa *restitution*; ce qui résulte de l'*act. furti* NON EXHIBITI § 4 Inst. de obl. ex del. **4**. 1), l'extension de l'action de vol à des tiers (comme compensation de la *reivind.*), la nécessité législative de la *lex Atinia*. Cette loi n'avait pas besoin d'exprimer pour la seconde fois, un principe que contenaient déjà les XII tables; elle ne peut s'expliquer d'une manière satisfaisante que par le fait que la disposition de la loi des XII tables sur l'exclusion de l'usucapion des choses volées se rapportait exclusivement aux *res mancipi*, et que l'*usucapio* ayant été étendue aux *res nec mancipi*, cette exclusion devait être également prononcée pour celles-ci. A ce dualisme de l'ancien droit de propriété se rattache aussi la distinction si peu appréciée jusqu'ici, entre *familia* et *pecunia*, distinction d'une importance immense dans le droit ancien, non-seulement au point de vue de la propriété, mais encore au point de vue du droit de succession et de la tutelle. Le *curator* n'a le droit de disposition que sur la *pecunia* c.-à-d. sur les *res nec mancipi* (disposition de la loi des XII tables sur la *cura prodigi: in eo* PECUNIAQUE, et non pas *familia*); le *tutor* avait ce droit sur la *familia* dans le sens étroit, c.-à-d. sur les *res mancipi*, pour la femme, *seulement* sur elle, pour les impubères, *aussi* sur la *pecunia*). La règle des XII tables portant que le père de famille pouvait disposer librement de la *pecunia*, n'avait dans le langage d'alors pour objet, que les *res nec mancipi*. Ce n'est point par hasard que la loi emploie, à l'occasion de la succession ab intestat, le mot *familia*, tandis qu'elle se sert ici du mot *pecunia*. Seul le changement ultérieur du langage a pu tromper les juristes romains et nos juristes actuels sur la signification différente des deux expressions dans les XII tables. Les auteurs de cette loi savaient fort bien pourquoi ils choisissaient tantôt l'une tantôt l'autre.

veau, la remplacer complétement par *l'act. injur.* Les conditions légales qu'elle présuppose sont, en effet, les mêmes que pour cette dernière : atteinte frivole au droit d'autrui, rétention sans fondement de la chose appartenant à un autre. On en trouve des exemples dans le fait de laisser une canne, un parapluie dans un local étranger, dans l'oubli de choses que l'on laisse en vidant la maison louée, dans le coup de vent qui emporte un chapeau, dans la chute d'objets tombant de notre maison sur le sol d'autrui. Dans tous ces cas, aucun juriste romain n'aurait donné *l'interd. utrubi*, mais seulement *l'actio ad exhibendum*, ou *injuriarum : ad exhibendum vel injuriarum agere poterit si rem suam tollere prohibeatur*. L. 25 cit.

Au cas traité dans la L. 25 cit., de la *rétention* injuste, dans la forme, de choses d'autrui, les L. 15 § 31 et L. 20 de injur. (**47**.10) opposent deux cas d'*appropriation* injuste, dans la forme, de ces choses. Dans les deux cas, il ne s'agit point de *vol avec violences*, mais d'actes de *justice privée* illégale. Cela est hors de doute dans l'espèce du dernier texte, où un créancier, en l'absence du débiteur, frappe de saisie son patrimoine, en mettant les scellés sur sa maison : *si injuriae faciendae gratia Seji domum* ABSENTIS DEBITORIS *signasset* SINE AUCTORITATE *ejus qui concedendi jus potestatemve habuit*. Cette saisie pouvait avoir lieu d'une manière légale lorsque, en cas d'absence frauduleuse du débiteur (*qui fraudationis causa latitavit* L. 7 § 1 quib. ex caus. in poss. **42**.4), le Préteur avait accordé une *immissio in bona*. Dans le cas présent, le créancier avait passé outre à cette formalité et pratiqué la saisie de son autorité privée. Il semblerait que cet acte seul eût suffi pour faire admettre une lésion injurieuse. Néanmoins, Modestin ajoute, dans le texte, la restriction que cela a eu lieu *injuriae faciendae gratia*. Qu'a-t-il voulu dire par là ? Ou bien son idée était la suivante : la saisie faite d'autorité privée ne contient pas, en soi, une injure. On ne peut

blâmer le créancier de soigner pour lui-même, en cas d'absence de son débiteur, et quand son intérêt l'exige. Il n'y a d'injure que lorsque cette mesure était inutile à raison de la parfaite solvabilité du débiteur. Il ne reste alors pour mobile de l'acte que l'intention de compromettre le débiteur et de nuire à son crédit, ce qui contient, sans aucun doute, les conditions légales de l'injure (L. 15 § 33, L. 19 ibid). Ou bien Modestin veut dire, au contraire : pareille apposition de scellés ne doit pas nécessairement être considérée comme une *saisie* pratiquée d'autorité privée, dans l'intérêt du *créancier;* elle peut aussi se faire comme un acte de *negotiorum gestio* c.-à-d. comme mesure de conservation dans l'intérêt du *débiteur*. Nul doute que cette dernière interprétation ne doive être préférée. Que dans la saisie pratiquée d'autorité privée, le créancier eût ou n'eût point l'intention de nuire au crédit du débiteur, qui le prouvera? Et si la mesure qu'il a prise a réellement été préjudiciable, le droit laissera-t-il le débiteur sans dépense? Il est donc impossible que Modestin ait voulu énoncer cette proposition : les saisies pratiquées d'autorité privée par le créancier en l'absence du débiteur sont permises lorsqu'elles ont eu lieu uniquement dans un but de conservation. Il se serait mis en contradiction avec l'édit qui les rattache au *latitare fraudationis causa,* et à *l'immissio in bona* accordée par l'autorité. Les compilateurs aussi se seraient mis en contradiction avec eux-mêmes, car ils accordent dans le second texte cité ci-dessus l'*actio injuriarum*, sans réserves, pour le cas : *si quis bona alicujus vel rem unam* PER INJURIAM *occupaverit*. Inutile de dire qu'il ne faut point songer ici au cas de vol avec violences, sinon le juriste aurait dû nommer l'*act. vi bonorum* et non l'*act. injuriarum*. Ici donc encore, on ne peut songer qu'au cas de la justice privée, et nommément à celui de la *saisie* pratiquée d'autorité privée (VENIRE *in possessionem* L. 1 § 3 L. 3 § 3. Ne vis fiat **43**.4, IRE *in poss.* L. 7 pr. de damn. inf. **39**.2). Par les mots : *per injuriam*, le juriste

écarte l'hypothèse de l'autorisation du juge contenue dans la *missio in bona;* l'addition a le même sens que celle de Modestin : *sine auctoritate ejus, qui concedendi jus potestatemve habuit.* Par l'alternative: BONA *vel* UNAM REM, il vise l'*immissio* IN BONA et IN REM (L. 1 quib. ex caus. in poss. **42**.4.. *non* UNIVERSORUM *nomine, sed* REI *tantum, de qua damnum timetur* L. 7 § 17 ibid.; *commodius in* FUNDUM *possessione mittendum. quam* BONA *ejus possideri*). C'est ainsi que je m'explique que le juriste ne mentionne pas, à côté de l'*act. injur.*, les remèdes possessoires. La *missio in possessionem rei servandae causa* de tout le patrimoine ne transfère point au créancier la possession, mais seulement la détention([29]) (L. 3 § 23 de poss. **41**.2 *non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit.* L. 10 § 1 ib. *non possident, sed sunt in possessione custodiae causa*). Il en est de même de la *missio* dans un fonds, pour cause de refus de la *cautio damni infecti.* L'intention de celui qui, sans permission de l'autorité, a effectué l'*ire, venire in possessionem*, tendait donc seulement à la *détention* et non à la *prise de possession*, et c'est en considération de cette intention que le juriste paraît s'être servi du mot *occupare* au lieu des tournures de phrase employées habituellement à propos de l'enlèvement de la possession. L'espèce était identique à celle des scellés mis sur la maison du débiteur en l'absence de ce dernier. Il s'agissait d'une mesure prise d'autorité privée en vue de la *custodia et observantia*, et non de *l'enlèvement de la possession.*

Indépendamment de ces deux cas de *rétention injurieuse*([30]) et *d'appropriation* des choses d'autrui, les sources

---

([29]) V. sur la contradiction apparente des textes, SAVIGNY Possession, trad. Staedtler, p. 256.

([30]) Il y avait également une rétention injurieuse de la chose qui se trouve dans la propriété d'autrui, dans le refus de la part du défendeur à la *rei vindicatio*, de donner suite à l'*arbitrium de re restituenda*. Au moyen du *jusjurandum in litem*, il était loisible au propriétaire de fixer lui-même

citent encore un cas de lésion injurieuse de la propriété d'autrui, dans lequel elles déclarent l'*act. inj.* admissible. C'est celui de la L. 27 § 28 ad leg. Aq. (9.2). : *Et si puerum quis castraverit et pretiosiorem fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam, sed injuriarum erit agendum aut ex edicto Aedilium in quadruplum. L'act. legis Aquiliae* était exclue par ce fait qu'il n'y avait point ici de DAMNUM *injuria datum*, mais il va de soi que le propriétaire devait être protégé contre de pareilles atteintes à sa propriété, ce qui confirme une fois de plus la nécessité absolue de l'*act. injur.* pour compléter la protection de la propriété[31]. Cette nécessité est encore bien plus grande pour notre droit actuel, qui ne connaît plus la notion romaine du *furtum usus*. L'usage des choses d'autrui sans l'assentiment du propriétaire ne constitue point, aujourd'hui, une infraction. Le droit criminel n'accorde aucune protection contre pareil acte. *L'act. legis Aquiliae* suppose la détérioration de la chose par l'usage, la *condictio sine causa* suppose l'enrichissement. Dans des cas comme ceux qui nous occupent, cet enrichissement sera d'ordinaire des plus minimes et ne donnera partant aucune satisfaction au propriétaire pour la lésion juridique qu'il a subie. Ici l'*act. injur.* est indispensable. Notre code pénal a-t-il bien fait d'abandonner entièrement la notion romaine du *furtum usus ?* Cela me paraît très-contestable. J'ai eu connaissance de cas qui sont sur la même ligne que le vol. Je citerai à titre d'exemple le fait des blanchisseuses de maintes villes qui font profession de louer le linge qu'on leur confie pour

---

le montant de la satisfaction; la *reivindicatio* remplissait ici la fonction de l'*act. injur.* L'espèce était absolument la même que celle de la L. 25 de act. emti.

[31] V. des cas analogues dans ma *Jurisprudence de la vie quotidienne* XVII. I: Collage non autorisé d'affiches sur notre mur. Quant au fait d'arracher des affiches dûment posées, l'*act. inj.* se justifie par d'autres motifs; XI. 25 : ordures jetées sur notre fonds. Dans les deux cas, il n'y a pas de dommage, en général.

le blanchir. Elles vont jusqu'à donner des abonnements ! Un autre exemple que j'ai rencontré moi-même à Vienne, se trouve reproduit dans ma *Jurisprudence de la vie quotidienne* IV. 57 : En l'absence de ses maîtres, la femme de chambre a mis la toilette de la dame de la maison et a même, ainsi vêtue, paru dans des lieux publics et dans des bals ! Et il n'y aurait point de protection contre ces faits ? La négative s'impose à celui qui déclare que l'*act. injuriarum* est aujourd'hui tombée en désuétude. (Voir plus loin n° VII.)

Dans tous les cas que j'ai examinés jusqu'ici, il y a une atteinte frivole à la propriété d'autrui. Dans quelques uns cette atteinte se produit sans qu'il y ait empiétement *extérieur* sur le *rapport possessoire* du propriétaire; dans d'autres, il y a semblable entreprise, et alors surgit la question de savoir quel est le rapport de l'*act. injur.* avec l'interdit *uti possidetis*. Comme cette question réclame une discussion approfondie, je la différerai provisoirement encore (V. n° V), afin de terminer la revue des cas d'application de notre action, par l'indication du dernier qui nous reste.

Il s'agit de l'application de l'*act. injur.* aux *rapports obligatoires*. L'appui que les sources peuvent ici nous apporter se trouve concentré dans les deux textes discutés ci-dessus (p. 41) à l'occasion de la nécessité de l'*animus injuriandi*. Ils traitent de la lecture, par le dépositaire, du testament déposé. L. 1 § 38 Dep. (**16.3**) et L. 41 pr. ad leg. Aq. (**9.2**).

Dans cette voie, nous aurons, si la caractéristique de l'action donnée ci-dessus est exacte, à faire l'application de cette action à tous les cas où la lésion juridique dans un rapport obligatoire renferme un mépris outrageant du droit d'autrui emportant avec soi le caractère d'une lésion personnelle. J'en ai donné des exemples ailleurs[32]. Le

---

[32] *Jurisprudence de la vie quotidienne* II. 9, III. 43. 44. 46. 47 à 50, IV. 42.

bailleur, pour obliger son locataire à rentrer à l'heure, lui enlève la clef qu'il lui a remise à l'entrée du bail, ou il met la porte au verrou pour l'empêcher d'entrer. Il lui défend l'accès du jardin dont il avait la jouissance d'après le contrat; il lui dénie le droit de recevoir certaines personnes, lorsqu'il est à la maison. L'hôtelier loue plus cher à un autre la chambre arrêtée d'avance, et cause ainsi les plus grands embarras à celui qui l'avait arrêtée. La servante s'en va sans motifs avant l'expiration de son service. Dans tous ces cas, la lésion du droit est toute flagrante, frivole; elle n'offre pas même une apparence de bon droit, et c'est en cela précisément que consiste la lésion personnelle. L'auteur de ces actes traite son adversaire comme un homme avec lequel il peut se permettre de pareilles façons d'agir, et qui n'osera point se prévaloir de son bon droit. Dans plusieurs de ces cas, celui qui supporterait ces actes encourrait la critique du public et la raillerie de ses connaissances; p. ex. dans les cas d'enlèvement de la clef de la maison, de fermeture de la maison. C'est en cela que ces cas se distinguent des lésions *simples* ou *non-injurieuses* de droits d'obligation; p. ex. de la rétention de la chose vendue, du refus de restituer la chose louée, prêtée, etc. Lors même que ces dernières se commettent avec pleine conscience de leur injustice, celle-ci peut toujours revêtir la *forme* d'un *droit;* un litige est ici possible, comme dans le cas où le tiers possesseur retient sciemment la chose du propriétaire, ou bien dans celui où le voisin se prévaut sciemment d'une servitude qui ne lui appartient point. De même que dans ces deux derniers cas, l'ayant-droit doit recourir à la *reivindicatio* ou à l'*act. negatoria*, de même il doit, en cas de lésion simple, avoir recours à l'action du contrat. Il n'y a point lieu à l'action d'injure, car elle suppose qu'il n'y ait pas même apparence d'un droit. A la vérité il n'y a pas davantage semblable apparence dans le cas de la destruction ou de la dégradation de la chose due en vertu du contrat ni dans celui du

furtum rei, et là cependant l'action d'injure est aussi exclue. Mais le motif de cette exclusion a déjà été indiqué ci-dessus (p. 33). L'acte n'a rien de personnellement blessant pour l'ayant-droit, il ne touche que son intérêt *économique*, et non pas son honneur; on ne s'y moque pas de son droit, comme dans les cas cités plus haut.

Il y a quelque chose d'étrange à ce qu'on ne trouve nulle part une autre mention de l'*act. injur.* relativement aux cas ci-dessus. J'en trouve l'explication dans l'évolution qui s'est accomplie, en droit nouveau, dans les *act. bonae fidei.* Originairement, elles tendaient exclusivement, tout comme les *stricti juris actiones*, à la *valeur pécuniaire* de la prestation. La jurisprudence moderne établit le principe que dans ces actions, le juge doit tenir également compte d'intérêts de *nature idéale* (*affectus rationem habendam* L. 54 pr. mandati **17**.1) c.-à-d. que, du chef de la lésion de ces intérêts, il doit condamner à une indemnité proportionnée[53]. L'*act. injur.* devenait par là superflue dans tous les *contractus bonae fidei*, le lésé pouvant atteindre le même résultat au moyen de l'action du contrat. Ce dernier point résulte de la L. 1 § 38. Dep. cit., où l'on donne au déposant le choix entre l'*act. depositi* et l'*act. injur.* sans indiquer une différence dans le résultat de l'une et de l'autre, ce qui eût été nécessaire dans l'hypothèse contraire.

L'opinion que je viens d'émettre sur la fonction de l'action du contrat comme action d'injure — un pendant de la fonction de la *reivindicatio* du droit nouveau, démontrée à la note 30 de la p. 50 — nous donne l'explication d'un texte souvent commenté, mais qui n'a pas encore été exactement expliqué jusqu'à ce jour : la L. 9 de Obl. et act. (**44**.7) de PAUL.

Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet nisi

---

(53) Je renvoie au surplus à ma consultation insérée aux JAHRBÜCHER XVIII n° I p. 87 et s.

injuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat.

Ce droit d'agir, exceptionnellement accordé au fils, doit-il se restreindre au cas d'absence ou d'empêchement du père ? Cette question est controversée ([34]), mais elle n'importe guère à notre sujet. Que les quatre actions citées n'appartiennent au fils que dans le cas d'absence du père, ou qu'elles lui appartiennent même en cas de présence de ce dernier, il n'en reste pas moins à se demander pourquoi le fils n'a que ces quatre actions, et non d'autres. Existe-t-il entre ces actions un point de vue commun qui donne la clef de cette restriction ?

Les réponses que l'on a jusqu'ici données à cette question sont insuffisantes. On a cru la résoudre en disant que l'intérêt de l'enfant veut qu'une action soit intentée le plus tôt possible (MANDRY loc. cit. p. 226). Mais si tel avait été le motif, pourquoi n'accordait-on pas d'autres actions au fils de famille? S'il a l'*act. injur.*, pourquoi n'aurait-il pas aussi la *condictio furtiva* et *l'actio furti ?* Si on lui accorde l'*interd. quod vi aut clam*, pourquoi pas aussi l'*interd. unde vi ?* Si on lui garantit l'*act. depositi* et *commodati*, pourquoi pas aussi l'*act. emti, locati* et la *condictio ex mutuo ?* Il est vrai que la L. 17 de reb. cred. (**12**.1) parle, en termes exprès, de l'intérêt du fils à intenter le plus promptement possible l'action en restitution d'un prêt fait par lui en cas d'absence de son père, mais ce même texte lui refuse la *condictio ex mutuo :*

Cum filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum causa Romae ageret, responsum est a Scaevola EXTRAORDINARIO JUDICIO *esse illi subveniendum.*

D'autre part, le principe que le fils de famille peut, en cas de nécessité, intenter *toutes* les actions comme *utiles*,

---

([34]) V. sur ce point les explications approfondies de MANDRY, Das gemeine Güterrecht I. p. 200-227.

est reconnu sans restriction aucune dans la L. 18 § 1 de jud. (**5**.1).

Nam et Juliano placet, si filiusfamilias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum injuria passus est, posse eum utili judicio agere, ne dum pater exspectatur, impunita fiant maleficia, quia pater venturus non est vel, dum venit, se subtrahit is, qui noxam commisit. Unde ego semper probavi, ut si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu debeat filius agere utili judicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam, quam credidit, petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia justa ex causa agat, ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit ut impune fraudem patiatur et egestate Romae laboret viatico suo non recepto, quod ad sumtum pater ei destinaverat.

Donc la nécessité d'aider le fils en cas d'absence du père est reconnue; seulement on y arrive, non pas en lui accordant la *condictio ex mutuo*, mais au moyen d'un *extraordinarium judicium*. Les quatre actions, au contraire, lui sont données comme *actiones directae*, et c'est bien gratuitement que l'on dirait que, précisément pour elles, il y eût un besoin particulièrement urgent. Y a-t-il une nécessité plus impérieuse pour l'*actio injur*. que pour la *condictio furtiva?* Il me semble que c'est tout juste le contraire. Qu'importe au fils qu'il obtienne un peu plus tôt ou un peu plus tard la réparation pécuniaire de l'injure ? La chose volée dont il doit se servir journellement ou dont il a besoin pour son état peut, au contraire, lui être indispensable. Y a-t-il, par rapport au commodat, une nécessité plus urgente que pour le prêt? Régulièrement, c'est plutôt l'inverse. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler le cas cité ci-dessus du *viaticum mutuo datum*. Dans l'*interd. quod vi aut clam*, on n'aperçoit pas même pourquoi une prompte aide juridique aurait été requise. Elle l'était à un bien plus haut degré dans l'*interd. unde vi*. Et cependant ce dernier est refusé au fils alors qu'on lui accorde l'autre.

Le point de vue de la nécessité n'explique donc rien.

On a cru pouvoir puiser un autre motif dans la L. 13 de obl. et act. (**44**.7) : *In factum actiones etiam filiifamilias possunt exercere*, et expliquer ainsi pourquoi on accordait au fils de famille les deux actions de contrat citées, tandis qu'on lui refusait les autres. Il n'y avait, pour ces dernières, qu'une *intentio in jus concepta;* pour les *act. depositi* et *commodati*, il y avait, en outre, à côté de cette *intentio*, une *intentio in factum concepta* (Gaius IV. 47). Quant aux deux autres actions, elles étaient, comme actions prétoriennes, conçues *in factum*. Seulement ce motif prouve trop. Il y avait un très-grand nombre d'*actiones in factum*, et néanmoins le droit du fils de famille était limité aux quatre actions indiquées. Il faut entendre la phrase, non pas en ce sens : le fils de famille peut intenter *toutes* les actions *in factum*, mais comme suit : les actions qui, en général, peuvent être intentées par le fils de famille, doivent être des *actiones in factum*. C'est là la condition sine quâ non du droit d'agir accordé au fils de famille. Un *jus* est impossible dans son chef à cause de son incapacité d'avoir un patrimoine ; un *factum* est possible. Le mot *possunt* a ici la même signification que dans la L. 101 de V. O. (**45**.1) : *puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*[35], c.-à-d. cela est possible, mais bien entendu si les autres conditions légales existent.

Le motif pour lequel on accordait au fils de famille les quatre actions dont il s'agit n'est point, dès lors, la *forme* particulière de la procédure de ces actions — cette forme n'est qu'une *condition* indispensable, et non le *motif* de ces actions. Le motif pour lequel on ne lui accordait que ces actions-là, et non les autres *actiones in factum* également, ne peut être puisé que dans le *fond du droit*. Il faut, à mon avis, le chercher dans le point de vue de la lésion juridique

---

(35) V. à cet égard mon explication de ce texte dans : Jahrbücher XII. p. 347 ss.

injurieuse que j'ai établi ci-dessus. Contre le fils de famille aussi une injure est possible, car si le droit romain lui refuse, tout comme à l'esclave, la capacité patrimoniale, il lui reconnaît néanmoins, à la différence de l'esclave, la personnalité. L'injure faite au fils de famille, n'atteint point exclusivement le père de famille comme celle faite à l'esclave; elle atteint avant tout le fils lui-même — *nam indignatio filii est*, comme il est dit dans la L. 22 p. de inoff. (5.2); ce n'est qu'indirectement que le père se trouve injurié. Tous deux ont par conséquent l'*actio injur.* Le droit d'agir du fils était expressément reconnu par l'Edit du Préteur (L. 17 § 10 de injur.) pour le cas d'absence du père. Les juristes assimilaient avec raison à ce cas celui où le père était empêché de toute autre manière (L. 17, § 11 ibid.). Il n'y avait que l'action née de la loi *Cornelia* que le fils dût intenter en personne; mais le père pouvait, d'autre part intenter la *praetoria injuriarum actio* (L. 5 § 6 ibid.). La circonstance que cette dernière action tendait à une somme d'argent ne formait point obstacle à ce que le fils pût l'intenter, car l'argent ne constituait pas le *but* de l'action, mais seulement le *moyen* de donner à l'injurié une satisfaction *personnelle*.

Cette considération d'une injure faite au fils de famille lui-même et devant par cela même, être exceptionnellement poursuivie par lui, est également la base des trois autres actions nommées plus haut. Elles peuvent être définies en deux mots comme des actions d'injure *spéciales* ou *appliquées*. Il est, à la vérité, surprenant que le juriste ne nomme pas, en outre, la *querela inofficiosi*, à laquelle, comme nous l'avons démontré plus haut (p. 7) le même point de vue s'applique et que le fils est en droit d'intenter lui-même, au cas où le père a reconnu le testament (L. 22 pr. inoff. 5.2). Le juriste donnait-il peut-être aux mots : *nullam* ACTIONEM, une telle portée qu'ils excluaient virtuellement la *querela* ou, pour me servir d'une autre expression par laquelle on la désigne aussi, l'*accusatio?*

De même qu'au passage cité, nous avons désigné cette dernière action comme action d'injure héréditaire, de même nous pouvons caractériser l'*interd. quod vi aut clam* comme action d'injure concernant les rapports avec les biens fonds. Il ne fallait point la possession juridique pour cet interdit; il appartient aussi au détenteur (fermier). (L. 11 § 14, L. 12 L. 16 p. quod vi **43**. 24), et dès lors on pouvait le donner également au fils de famille (L. 9 cit. L. 13 § 1, L. 16 quod vi) tandis que les interdits qui avaient pour condition la possession juridique, devaient demeurer sans accès pour lui. Les juristes romains résument les conditions légales de l'interdit dans l'OPUS *vi aut clam factum* [36], et ils y voient un délit (*facto tuo* DELINQUENTIS L. 3 p. ibid), une *injuria* (*injuriam comminisci* L. 1 § 2 ibid.); ce qui se justifiait par cette circonstance que l'interdit ne pouvait s'intenter contre les héritiers de l'auteur et se prescrivait par un an (L. 15 § 3 ibid.). En tout cas, l'interdit ne tendait point à une peine, mais seulement à un simple *restituere* (*quod factum est... restituas* L. 1 p. ibid). Aussi, la prestation faite par l'un des défendeurs libérait l'autre (L. 15 § 2 ibid.). Il en allait, sous ce rapport, de cet interdit, tout comme de l'*act. doli*. Mais ce *restituere* est considéré comme une satisfaction *personnelle;* c'est pour ainsi dire l'amende honorable *réelle* de l'injustice commise. Le résultat patrimonial cède ici le pas, comme dans la *querela inofficiosi*, au résultat idéal, et c'est pourquoi l'interdit est également accordé au fils de famille. Le défendeur n'a pas respecté sa défense (*vi factum*), n'a pas cru nécessaire d'en tenir compte; « qu'importe, a-t-il dû se dire, qu'une homme comme vous me défende quelque chose? Je ne m'en soucie en aucune façon. » Ces paroles portent l'empreinte d'une mésestime de la personnalité du fils de famille, et s'il n'y avait lieu à

---

(36) Je reviendrai plus loin (V) sur cet élément de l'*opus*, par opposition à tout autre *vi aut clam factum*.

l'interdit, dans ce cas, on devrait lui accorder l'*act. injur.*

Ce qui prouve que j'ai touché juste, c'est que la jurisprudence antérieure refusait l'interdit au fils de famille, dans le cas de l'*opus* CLAM *factum* L. 13 § 2 ibid.), et en effet, il n'y avait précisément point ici cette mésestime injurieuse de la volonté d'autrui. C'est néanmoins à bon droit que la jurisprudence postérieure a étendu l'interdit à ce cas (L. 19 ibid.). Sinon, la protection eût été complétement illusoire; l'adversaire n'aurait eu qu'à attendre l'absence du fils pour exécuter son entreprise.

La considération indiquée, que je puis rendre au moyen des termes de la L. 22 pr. de inoff. test.: *nam indignatio filii est,* explique comment, dans le cas d'une défense faite par le fils, l'interdit est accordé au fils comme au père (L. 13 § 1) absolument comme l'*act. injur.* dans le cas d'une injure. Il n'y a que cette seule différence que l'enlèvement réel de l'*opus* ôte toute base pour intenter la seconde action.

Je résume le résultat de cet examen dans cette proposition : Quoique l'interdit ne participe point à *toutes* les particularités qui distinguent l'*act. injur.* et que l'opinion de SAVIGNY (System. II § 73 note r) qui compte cet interdit parmi les actions que l'on appelle *vindictam spirantes*, se soutienne difficilement en présence de la L. 13 § 5 ibid., le point de vue de l'injure s'y applique néanmoins pour tout le reste. Ainsi s'explique comment, dans la L. 9 cit., le juriste a pu mettre cet interdit sur la même ligne que l'*act. injur.*

Je ramène à la même considération de l'*indignatio filii*, la concession de l'*actio depositi* et *commodati* au fils de famille. Le dépôt et le commodat, ne font point partie des contrats d'*affaires* ou d'*intérêt matériel*, dans lesquels chacun n'a en vue que son avantage propre, mais des contrats de *complaisance* ou d'*amitié* ([57]), dans lesquels l'un fait à

([57]) V. sur cette différence JHERING Zweck im Recht T. I. 1e éd. p. 107 s. 2e éd. p. 100 s.

l'autre une complaisance, lui rend un service (*beneficium* L. 7 § 13 commod. **3**. 6) et qui partant, ne se rencontrent régulièrement que dans un rapport personnel suffisamment étroit. C'est pour cela, précisément, que le manque de parole y prend un tout autre caractère que dans les autres contrats; il contient ici quelque chose de personnellement blessant. La confiance est payée de déloyauté, l'amitié, d'ingratitude ([58]); ce n'est pas seulement l'intérêt *économique*, mais en même temps un intérêt *moral* qui demande satisfaction. Ces deux actions remplissent donc ici la fonction d'une *actio delicti*, non point, il est vrai, celle de l'*act. de dolo*, qui tend uniquement à des dommages-intérêts, mais celle de l'*act. injur.* qui doit donner au demandeur une satisfaction pour l'injustice commise à son égard.

Je termine ici mon étude de la lésion injurieuse dans les rapports obligatoires. Elle nous a conduits à cette conclusion que l'*act. injur.* n'a point d'utilité pratique en cette matière, parce que l'action du contrat, grâce à la large extension que lui a donnée la jurisprudence nouvelle, a assumé la fonction de l'*act. injur.*

Pour le droit de la famille c.-à-d. comme moyen de protection du père quant au droit qu'il a sur ses enfants, l'*act. injur.* n'est mentionnée nulle part dans les sources.

([58]) Indication de cet élément moral dans la formule de l'*act. depositi* et *commodati in factum concepta* : DOLO MALO.. *redditam non esse*, GAIUS IV. 47, dans le dépôt : *crimen* PERFIDIAE L. § 4 Depos. (**16**. 3). PERFIDE *agere* L. 35 § 1 de adm. (**26**. 7), *de* PERFIDIA *agitur* L. 6 § 7 de his qui not. (**3**. 2), *de* FIDE RUPTA *agitur* L. 5 pr. Depos. (**16**. 3) *in obligationem* INCIDERE, L. 81 § 1 de sol. (**46**. 3) v. JHERING. De la faute en droit privé p. 33 ss. trad. fr. C'est à cette *formula in factum concepta* rappelant le *dolus* qu'il faut rapporter le renseignement de THÉOPHILE IV. 12 § 1, par rapport à la non-transmission de l'*act. depositi* aux héritiers du dépositaire. Il devait en être exactement de même de l'*act.* COMMODATI *in factum concepta*. L'une et l'autre étaient, à coup sûr, soumises à la courte prescription du droit prétorien (*annus utilis*). En termes juridiques : toutes deux étaient, à l'origine, des actions de délit; elles ne devinrent des actions de contrat que par la *formula in jus concepta*.

L'enlèvement ou la rétention injurieuse de l'enfant auraient cependant pu offrir l'occasion d'une semblable mention. Ce cas se présente assez souvent, de nos jours, entre époux séparés. Le droit romain y pourvoyait au moyen d'une action spéciale : l'*interd. de liberis ducendis* (L. 3 pr. de lib. exh. **43**.30). Cet interdit reposait *au fond*, tout comme l'*act. ad exhibendum* (p. 45) sur une lésion injurieuse, qui était dans l'espèce, la mésestime de la *patria potestas*. La séduction de l'enfant, en particulier celle de la fille, pouvait fournir une seconde occasion pour la mention dont il s'agit. Les juristes romains donnaient pour ce cas l'*act. de servo corrupto*, comme *utilis* (L. 14, § 1 de serv. corr. **11**.3), car ici encore ils substituaient à l'intérêt *économique* auquel tendait exclusivement l'*act. directa* (*in servo, qui* IN PATRIMONIO *esset*.... PAUPERIOREM *se factum esse*), l'intérêt *moral* ou *idéal* (*dignitas et fama domus*).

A ces trois cas, est venue s'ajouter, de par le droit canon, qui attribuait aux fiançailles une force juridiquement obligatoire, la rupture sans fondement des fiançailles. L'action en satisfaction ou en réparation accordée pour ce cas, par la pratique, à la partie innocente, a été à bon droit désignée, par d'anciens auteurs, comme *act. inj.* [39]; il y est, dans la réalité des choses, question d'une lésion injurieuse. En fait, cette action a également été intentée par le mari contre le complice d'adultère, mais les tribunaux l'ont repoussée par le motif que l'adultère contient un délit public, qui d'après la L. 7 § 1 de injur. (**47**.10), ne peut donner ouverture à une action privée. Depuis que le code pénal de l'empire allemand (§ 172) a fait de l'adultère un délit d'initiative, dont la poursuite est, en outre, attachée à la dissolution préalable du mariage, ce motif

---

[39]) MEVIUS Dec. V. 192, qui désigne cette opinion comme la *communis opinio*, et la motive en ces termes: *ad insignem honestae virginis contumeliam pertinet, post votum nuptiale ludificari, diffamari, repudiari et non dignam ea conjunctione, quam sponsalia praeparant, censeri.* SEUFFERT Archiv. I. 64.

là, au moins, ne s'opposerait plus à l'intentement de l'action d'injure contre le délinquant, en paiement d'une indemnité pécuniaire. Celui qui partage l'opinion que j'établirai plus loin (n° VII) que l'action, dans la direction que dans tout le cours de ce travail, j'ai seule en vue, ne se trouve pas abolie par notre code pénal actuel, devra aussi l'admettre dans cette direction-ci, chose qui à mon avis, ne nuirait pas à l'état actuel du droit.

V. Le rapport possessoire comme objet de la lésion injurieuse.

Comme on le sait, d'après l'opinion aujourd'hui généralement répandue, le possesseur juridique seul, et non le simple détenteur, a droit à la protection possessoire. Cette opinion est parfaitement exacte, si, comme on le fait généralement aujourd'hui, on entend uniquement par la protection possessoire, les *interdicta possessoria*. Mais cela, précisément, est erroné. La protection du rapport possessoire, en prenant ce mot dans le sens le plus large, va, en droit romain, bien au delà des moyens de droit indiqués. On donne même au simple détenteur des moyens de droit qui pratiquement le mettent aussi bien en sûreté que le possesseur juridique. Je traiterai de ces moyens dans le numéro suivant; ici, je me borne à la protection du possesseur juridique.

Que peut avoir de commun la possession juridique avec l'*actio juriarum?* Il semble qu'en cette matière, il n'y ait plus place pour cette action, puisque par les actions possessoires, il est donné pleine satisfaction au besoin de protection. Mais si pour le moment nous n'entendons pas contester cette opinion en ce qui concerne la possession des choses immobilières, elle est, en tout cas, sans application aux choses mobilières. La protection que donne quant à ces dernières l'*interdit utrubi* est une protection restreinte. Elle était, comme on sait, soumise dans le droit ancien, à la condition d'une longue possession (*major pars anni*). Même dans le droit de Justinien, où cette

restriction a disparu, elle ne protège le possesseur que contre l'éviction de la chose. Encore cette protection est-elle incomplète, puisque l'interdit ne donne au possesseur que le simple droit d'aller reprendre la chose (*quominus is eum ducat, vim fieri veto*) c'est-à-dire se borne à lui rendre la possession de cette chose, sans lui donner aucune réparation ou aucune satisfaction pour la lésion juridique qu'il a subie et qui est cependant bien certaine dans les cas de rétention frivole p. ex. d'une chose laissée chez autrui. Ici l'*act. inj.* comble une lacune réelle. Pour le cas d'une appropriation passagère de la chose pour son propre usage — cas que l'on pourrait opposer à l'*éviction* de la possession, en le nommant *trouble* de la possession — l'interdit dont il s'agit n'avait aucune utilité ([41]). Il ne peut, en effet, être question d'un *ducere*, lorsque le possesseur a de nouveau la chose entre ses mains. Il en est de même de l'*actio furti* (du chef du *furtum usus*), car elle supposait un intérêt patrimonial et celui-ci faisait ici régulièrement défaut. Seule, l'*act. injur.* offrait une aide suffisante. Parler dans ces cas d'atteintes à la *possession* ou d'atteintes à la *propriété*, revient absolument au même, car les deux notions s'y confondent. L'*act. injur.* rendait de précieux services, même pour la possession des choses immobilières, non point, il est vrai, dans le cas d'*éviction* de la possession, où l'interdit *uti possidetis* et l'*int. unde vi* suffisaient, mais dans celui du *trouble possessoire*. D'après l'idée qu'on se fait communément de l'*uti possidetis*, il n'aurait fallu aucune autre action à côté de cette dernière. Mais cette opinion est erronée, comme j'espère l'établir dans la suite. L'interdit avait une fonction infiniment plus

---

([41]) Je n'aperçois point sur quoi WINDSCHEID, Lehrbuch I § 159. 2, veut baser son soutènement que l'interdit protégeait également contre le *trouble* possessoire. Cela me paraît être un résultat de notre conception moderne des *interdicta* RETINENDAE *possessionis*, qui méconnaît la distinction des choses mobilières et des choses immobilières, conception qui ne répond nullement à l'idée de cet interdit.

restreinte que celle qu'on lui accorde aujourd'hui dans la théorie et dans la pratique. Un juriste romain aurait peine à le reconnaître dans sa forme actuelle. Notre *interd. uti possidetis*, tel qu'il s'applique dans la pratique, ne comprend pas moins de six moyens de droit romains, que je nommerai plus loin. De ces six moyens, notre pratique a fait un seul et unique moyen de droit, dont la condition, qu'elle désigne sous le nom de *trouble possessoire*, est une notion complétement inconnue aux Romains dans ce sens, et à laquelle elle a attribué une portée extrêmement étendue.

Je me garde bien d'élever la moindre critique à ce sujet; je vois en cela un progrès très-salutaire. Au point de vue de notre procédure actuelle qui ne connaît point le système romain des actions, la distinction scrupuleuse des diverses actions qui ont pour but et pour centre un seul et même rapport juridique serait une minutie dénuée de valeur et de sens. A la place du point de vue romain de l'action, nous avons mis celui du droit (42). C'est en partant de là, que nous ne voyons dans le rapport possessoire que le *droit* du possesseur et que nous envisageons la *protection judiciaire* de ce droit comme une chose toute naturelle, sans nous inquiéter de savoir à l'aide de quelles actions spéciales le droit romain procurait cette protection. Seulement il faut laisser à cette innovation son véritable caractère et ne pas l'attribuer au droit romain, comme on l'a fait jusqu'à présent, ce qui a singulièrement compliqué la question de savoir quelle était la vraie signification de la possession dans ce droit. L'*uti possidetis*, dans sa forme actuelle, est un produit du progrès pratique du droit romain, ménagé par notre conception, entièrement modifiée, de la possession, tout comme l'*actio spolii* et le *summariissimum*. De l'*uti possidetis* romain, il n'a pour ainsi dire que le nom.

---

(42) V. JHERING. Esprit du D. R. T. III p. 348 s.

Pour montrer clairement l'extension qu'on lui a donnée, je citerai d'abord quelques exemples que j'emprunte à l'exposition de la fonction pratique de cet interdit, par BRUNS, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts* p. 59-83, exemples dans lesquels cet auteur trouve des applications correctes de l'interdit *uti possidetis* romain. Par suite d'une inadvertance du berger, mes moutons franchissent la limite et vont paître sur le fonds du voisin (p. 60). A cause du mauvais état du chemin, on passe sur le champ contigu en s'excusant auprès du propriétaire (p. 70). On dispose des choses inanimées sur son fonds, de telle sorte que par les forces naturelles ordinaires(?) elles soient poussées au delà des limites, et aillent troubler la possession du voisin; p. ex. on amasse contre la limite de grandes masses de sable, que le vent souffle ensuite sur le fonds voisin (p. 72). On plante sur son balcon du lierre qui poussant peu à peu finit par couvrir l'enseigne portant la raison sociale du marchand qui demeure au-dessous. Par suite de vices de construction, l'eau et d'autres liquides filtrent sur la propriété voisine : les murs menacent ruine et surplombent (p. 72-73). On ne peut, à la vérité, dit BRUNS, trouver dans ces cas une *vis*, comme avait voulu le faire SAVIGNY pour étayer son système qui consiste à voir dans cet interdit une action de délit. Mais aussi il ne faut pas la *vis*; il suffit du simple fait objectif de l'entrave à la possession d'autrui, sans qu'il faille avoir égard à l'intention, ni même à la connaissance de la possession d'autrui (ce qu'il désigne comme *principe objectif du trouble*). La seule condition nécessaire est la relation avec la possession comme telle, par opposition aux lésions purement personnelles du possesseur (p. 76.78) (43). Aussi

---

(43) Cette dernière remarque était dirigée contre WINDSCHEID. La réplique de celui-ci (I. 150-5) que « cela ne dit rien qui ne soit déjà contenu dans la notion du trouble possessoire » est parfaitement exacte, mais il affaiblit sa réponse en ajoutant : « en tout cas, il ne faut pas

accorde-t-il l'action, lorsque dans une brasserie, un consommateur injurie les autres et ne se laisse pas mettre à la porte par le cabaretier, ou lorsqu'un homme importun auquel on a défendu la porte, revient sans cesse, et même dans l'espèce célèbre de THIBAUT : des auteurs de charivari qui frappent sur les portes et les volets (p. 77). Que dans ces cas, il y ait lieu à une action d'injure, cela est hors de doute, mais par là n'est pas NATURELLEMENT *exclue* la possibilité d'une action possessoire. Dès que la détérioration de la chose ou son envahissement laissent percer une mésestime du pouvoir possessoire et qu'on doit craindre d'une manière quelconque la répétition de cet acte (ce qui est toujours le cas pour les actes de violence, d'après BRUNS p. 70), on est fondé à intenter une action pour protéger sa possession. Il n'est nullement nécessaire, à cet effet, que l'auteur de ces actes prétende avoir droit lui-même à la possession (p. 78).

La large extension que reçoit ainsi l'*interd. uti possidetis* n'a absolument rien d'étonnant. Elle constitue simplement la réalisation logique de l'idée que cet interdit avait pour but la protection contre les *troubles possessoires*. Une autre conséquence de cette idée a fait admettre qu'à la fonction prohibitoire pour l'avenir, l'interdit joint la fonction restitutoire pour le passé. La protection serait incomplète si le trouble commis n'était entièrement aplani, si le possesseur ne pouvait prétendre à la réparation du dommage causé. On en tire la conclusion que l'interdit doit être également étendu jusque là. On croit pouvoir invoquer à l'appui de ce résultat la L. 3 § 2 Uti poss. (**43**.17).

Tel est, en peu de mots, notre interd. *uti possidetis*

« entendre cela en ce sens que le mobile de la lésion doit se diriger « vers la personne dans son rapport avec la chose, et non vers la *per-« sonne considérée comme telle.* » BRUNS remarque avec raison, à mon avis, que sinon tout délit commis contre une personne dans sa maison, devrait donner lieu à l'action possessoire.

actuel. Un juriste romain n'y aurait pas du tout reconnu l'interdit romain. Pour atteindre le même but que nous visons aujourd'hui par cette seule action, il ne lui en fallait pas moins que six : l'*interd. uti poss.*, l'*interd. quod vi aut clam*, l'*act. negatoria*, l'*act. injur.*, l'*act. legis Aquiliae utilis* ou *in factum*, et la *cautio damni infecti*. C'était on le sait, un trait fondamental de la procédure romaine([44]), de maintenir une séparation rigoureuse entre les diverses prétentions auxquelles un seul et même rapport juridique pouvait donner lieu. L'organisation du système de protection établi pour la propriété foncière en fournit le meilleur témoignage. Est-ce uniquement l'ignorance de la procédure romaine, de sa méthode analytique, des formules et de leur signification décisive qui a empêché la jurisprudence moderne de tirer parti de cette organisation? ou bien est-ce le besoin impérieux de remplacer par une forme plus simple la forme compliquée des Romains, qui l'a déterminée à ne point tenir compte des résistances que lui opposaient les sources ? Bref, elle a donné au système de protection de la propriété foncière une forme essentiellement différente, et j'ajouterai : meilleure. Cela est admis en ce qui concerne le développement de la quasi-possession, la création du *summariissimum* et de l'*actio spolii*.

Cela est contesté pour ce qui a trait à l'extension, affirmée par moi([45]), niée par d'autres, de l'*act. confessoria* et de l'*act. negatoria* aux dommages-intérêts, que les Romains poursuivaient à l'aide de l'*interd. quod vi aut clam* et de l'*act. injur.* Mais la démonstration que je vais tenter ici des limites étroites du véritable *interd. uti possidetis*, est, que je sache, *absolument neuve*.

1. La fonction attribuée à cet interdit par la théorie

([44]) JHERING. Esprit du D. R. tr. fr. T. IV. § 61.

([45]) JHERING. De la faute en droit privé, tr. fr. p. 29. 59. En sens contraire WINDSCHEID *Lehrbuch* I § 198 note 3, § 217 note 2.

courante, et contestée seulement par des voix isolées([46]), de procurer des dommages-intérêts pour le passé, n'a aucune espèce de fondement. Au point de vue de la procédure romaine, elle constitue une pure impossibilité. Quiconque n'envisage point les actions romaines à travers nos idées actuelles, et se rappelle l'importance qui y revenait au *mot*, sera convaincu qu'un interdit conçu au futur, comme l'était l'interd. *uti possidetis* (*quominus ita possideatis, vim fieri veto*), ne pouvait trouver aucune application au passé. Cela était tout aussi impossible que d'étendre au futur un interdit qui, comme l'int. *quod vi aut clam*, était conçu au passé (*quod factum est*). Si quelqu'un, en violant le rapport possessoire d'un autre, occasionnait un dommage, un interdit *prohibitoire* qui ne faisait que lui intimer une défense pour le futur (le *vim fieri*), n'était point de nature à procurer la réparation du dommage. Il fallait, à cet effet, un interdit *restitutoire* (l'*int. quod vi aut clam*). Ces deux fonctions sont rigoureusement séparées par les Romains, tant pour les *res publicae* (*interd. prohibitoria* et *restitutoria*, p. ex. L. 1 pr. § 1. 35. 36, Ne quis **43**.8), que pour les *res privatae*. Dans l'*interd. uti possidetis*, le juge, qui avait uniquement à apprécier : *an vis facta sit adversus edictum praetoris* (Gaius, IV. 166), c.-à-d. si, *après* la concession de l'interdit, une violence a été commise, ne pouvait nullement étendre son jugement au passé; il aurait par là donné à l'interdit prohibitoire l'effet d'un interdit restitutoire.

Si on n'avait point perdu cela de vue, on ne se serait pas aventuré à chercher, pour cette opinion, un appui dans la L. 3 § 11 uti possid. citée plus haut. Le texte ne dit pas un mot de notre question; il ne s'occupe que du point de savoir comment le juge doit déterminer la valeur de la possession, lorsque le défendeur ne donne aucune suite à

([46]) J'ai été le premier, que je sache, dans l'écrit cité.

l'*arbitrium* tendant à la restitution de la chose. En d'autres termes, il ne parle que de ce qu'il faut entendre, dans le procès possessoire, par *quanti ea res est* (GAIUS IV. 163 *quodsi nec restituat, quanti ea res est condemnatur*). SERVIUS avait identifié la valeur de la *possession* avec celle de la *chose;* le juge devait, d'après lui, condamner, dans l'instance possessoire, au même montant que dans l'instance sur la propriété. Pour combattre cette opinion, ULPIEN fait valoir qu'il s'agit là d'un intérêt essentiellement autre (*quanti.. interest*, POSSESSIONEM *retinere*); que dans ce cas, on ne considère que la valeur de la possession, tandis que dans l'autre on a en vue la valeur de la chose (*longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis*). Il n'est absolument pas question, au texte, d'une estimation du *dommage* occasionné par le trouble possessoire qui a donné lieu à cet interdit.

La réparation du dommage causé *avant* la concession de l'interdit, ne pouvait être l'objet du jugement; un autre texte le constate expressément, et on n'aurait pas dû le perdre de vue en cette matière.

L. 3 de interdict. (**43.** 1) *In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo reddita sunt, non* RETRO. — Par *fructus*, il faut, comme on le sait, entendre non-seulement les fruits naturels, mais tout l'*interesse*, la *causa rei*, comme il est dit à propos de la *reivindicatio.*

L. 4 § 2 si serv. (**8.** 5).. *id demum fructuum nomine computandum, si quid intersit agentis servitute non* PROHIBERI (et non *prohibitum esse*).

L. 6 § 6 ibid. *fructus i. e. commodum quod haberet, si* etc.

Le texte ci-dessus contient donc la reconnaissance directe de la proposition que j'ai établie : la question de l'*interesse* ne s'étend point au passé, au delà du temps de la concession de l'interdit; tout ce qui s'est passé antérieurement ne préoccupe point le juge.

C'était là, précisément, la raison d'être de l'*interd. quod vi aut clam* et de l'*act. inj*. Si l'interd. *uti possidetis*

avait eu la fonction qu'on lui prête aujourd'hui, le Préteur eût pu se dispenser d'établir l'interdit *quod vi*, et la jurisprudence d'appliquer l'action d'injure. Mais c'est tout juste parce que l'*uti possidetis* était un interdit prohibitoire, c.-à-d. agissant pour l'avenir, qu'il fallait, pour le passé, un *interd. restitutorium*. Seule l'opinion que nous défendons, explique et justifie l'interd. *quod vi aut clam*.

2. L'interdit *quod vi aut clam*. Le meilleur moyen de faire comprendre aujourd'hui le caractère particulier de cet interdit en droit romain est, à mon sens, de dire qu'il remplissait précisément la fonction que l'on a attribuée de nos jours à l'*uti possidetis;* celle de garantir la réparation du dommage pour le passé. Seulement cela n'est vrai que d'une façon restreinte, et c'est ce qui explique qu'à côté de cet interdit, il y avait encore place pour l'*act. injur.* L'interdit avait pour condition des troubles possessoires qui pouvaient être considérés comme un OPUS *factum*, et notamment un *opus* par lequel le possesseur avait souffert un dommage. L'interdit, lui-même, n'avait point, il est vrai, mentionné expressément ces deux conditions, et TREBATIUS avait cru pouvoir passer outre dans le cas de la L. 22 § 3 quod vi (**43**.24), *si stercus per fundum meum duxeris*, mais son avis fut repoussé avec raison par LABÉON: *ne etiam is, qui duntaxat iter per fundum meum fecerit aut axem egerit venatusve fuerit sine ullo opere, hoc interdicto teneatur*. On comprend comment la jurisprudence en vint à introduire les deux conditions dans l'interdit. Il ne pouvait être question d'un *restituere* que lorsque l'on avait fait sur le fonds quelque *changement*, que le défendeur devait faire disparaître. *Si faciem*[47] *fundi mutaveris*, comme il est dit dans la L. 21 § 3 quod vi (**43**.24). Le *quod factum est* devait avoir laissé des traces sur le fonds; il devait, pour me servir de la terminologie du droit criminel, appartenir à la classe des *facta permanentia*

---

[47] Manque dans la Florentine.

par opposition aux *facta transeuntia*. Dans les atteintes à la possession qui se consommaient avec l'acte lui-même, p. ex. aller à pied, à cheval, en voiture, sur le fonds d'autrui, il ne pouvait être question d'une *restituere*.

Lorsque les juristes excluaient l'interdit, dans des cas où le demandeur n'avait éprouvé aucun *dommage* de l'*opus*[48], ils le faisaient parce qu'ici le *restituere*, bien que possible dans le sens *naturel*, était sans objet sous le rapport *patrimonial*. Le juge ne pouvait, en effet, allouer la réparation d'un dommage à un demandeur qui n'en avait souffert aucun. C'est pour le même motif que, dans la même hypothèse, ils refusent aussi l'*act. legis Aquiliae*[49], et l'*act. quod metus causa*[50]. Les trois actions ont pour condition l'existence d'un intérêt *économique*. Au but idéal de la satisfaction pour la lésion frivole du droit, sert dans les deux premiers cas, l'*act. injur.* (L. 27 § 28 ad leg. Aq.: *Cessare Aquiliam, sed injuriarum erit agendum*) et dans le dernier, l'accusation *ex lege Julia de vi* (*in Juliam eum de vi incidisse* L. 12 § 2 quod met. causa **4**.2).

L'interdit *quod vi aut clam* n'était point subordonné à la condition de la possession *juridique;* il était donné aussi au détenteur (p. 58), d'où suit que ce n'était pas un interdit possessoire dans le sens romain. Et cependant, il a, au point de vue de notre théorie actuelle de la possession, infiniment plus de titres à être compté au nombre des moyens de protéger le droit de possession, que l'*interd. de precario*, que Savigny y range à tort. Celui qui est d'accord avec moi pour faire consister l'essence de la protection possessoire dans cette circonstance qu'un rapport de pur fait avec la chose donne droit à cette protection et

---

(48) L. 7 § 7, L. 18 pr. quod vi (**43**. 24), dans le passage final : *si quis silvam* CAEDUAM MATURAM *caecidit*.

(49) L. 27 § 25 26. 28 ad leg. Aq. (**9**. 2).

(50) Ici encore tout *restituere* est impossible (L. 3 pr. quod met. **4**. 2) *propter naturam metus causa actionis qui* DAMNUM *exigit* (L. 12 § 2 ibid.), *si nihil tibi* ABEST... L. 14 pr. ib.

que le défendeur est privé de toutes exceptions pétitoires, ne pourra refuser à l'*interd. quod vi aut clam* le caractère d'un moyen possessoire. La question de droit y est exclue en principe, aussi bien pour le défendeur que pour le demandeur. Il s'y agit, conformément à la distinction faite par le juriste dans la L. 2 § 3 si serv. (8.5) entre le pétitoire et le possessoire, non point *de jure*, mais *de facto;* il est entièrement interdit au défendeur d'invoquer son droit.

L. 1 § 2 ibid. *parvi refert, an jus habuerit faciendi an non.*

§ 3... *adversus vim et quod clam factum est nulla justa exceptione se tueri potest.*

3. Les deux lacunes ci-dessus (défaut *d'opus*, et défaut d'intérêt patrimonial) sont comblées par l'*act. injur.* du droit nouveau. Le progrès qu'elle réalise par rapport à la possession des choses immobilières, peut se résumer en ces mots: élévation de l'appréciation purement *matérielle* de la lésion juridique au rang d'appréciation *idéale*. C'est le même progrès que nous avons rencontré plus haut (p. 54) pour l'obligation, et nous pouvons appliquer à notre matière l'expression dont se sert le juriste pour le désigner : *affectus rationem habendam*. Ce n'est plus exclusivement sous le point de vue économique que le droit apprécie l'intérêt du possesseur ; il reconnaît aussi l'intérêt de l'inviolabilité de sa possession, l'exigence du sentiment juridique lésé, qui, indépendamment de tout intérêt matériel, réclame satisfaction pour la mésestime du droit. Cette conception était étrangère au sentiment juridique grossier de l'époque ancienne, ainsi que nous l'avons établi plus haut (p. 3). Ce sentiment appréciait tous les rapports du droit patrimonial uniquement au point de vue de l'argent. LABÉON se tenait encore à ce point de vue en traitant notre question. Si, en effet, il s'était déjà élevé jusqu'à la conception d'une époque postérieure, il aurait, non-seulement, dans le cas de la L. 44 de injur. accordé l'*act. injur.*, au lieu de la mettre en question, mais il n'aurait certes pas, dans la L. 22 § 3 quod

vi (**43.** 24) ci-dessus, fait aboutir sa critique de l'opinion de TREBATIUS à un résultat purement négatif, et n'aurait pas manqué de donner, en désignant cette action, satisfaction à l'intérêt que TREBATIUS avait voulu ménager quand même, au moyen de l'interd. *quod vi aut clam.*

Si cette conclusion est fondée, le possesseur de fonds, à l'époque de LABÉON, n'avait aucune action du chef de toutes les atteintes à la possession de choses immobilières qui ne pouvaient point être considérées comme *opus factum*, p. ex. du chef des cas cités : *si stercus tuleris, iter feceris, aves egeris, venatus fueris*. Il n'avait ni l'*uti possidetis*, qui ne s'appliquait point au passé, ni l'*act. injur.* qui n'existait pas encore en cette matière. Au point de vue de notre conception actuelle du droit, il semble y avoir là une lacune sensible, mais cette lacune existe en réalité pour notre droit actuel tout aussi bien que pour l'ancien droit romain. En pareil cas, où aucun dommage n'a été causé par l'atteinte, notre *interd. uti possidetis* actuel n'aboutirait, en effet, lui aussi, à aucun résultat par rapport à l'acte *passé* et ne servirait qu'à en prévenir le retour *dans l'avenir*. Chez nous aussi, la lésion juridique commise échappe à l'expiation; le possesseur n'obtient aucune satisfaction du chef de l'atteinte frivole dont son adversaire s'est rendu coupable, à moins qu'il ne veuille en voir une dans ce fait que cette atteinte soit proclamée comme telle par la justice et interdite par elle pour l'avenir. Il n'est donné réellement satisfaction au sentiment juridique lésé que lorsque le coupable se trouve frappé d'une peine, conformément à la théorie que j'ai développée sur la lésion injurieuse. Peu importe que l'on désigne la demande du possesseur à cette fin comme *act. injur.* ou bien comme *interd. uti possidetis*, adjoignant ainsi comme l'a fait la jurisprudence pour les actions contractuelles, la fonction idéale à la fonction de réparation réelle de cet interdit. Qu'importe le nom? Tout dépend de la chose, et notre *uti possidetis* s'est déjà tellement éloigné de l'interdit

romain, qu'il peut bien encore recevoir cette extension. C'est le seul moyen d'établir la sécurité réelle du droit. Dans l'état des choses actuel, tout individu peut, sans s'exposer à un inconvénient quelconque, passer dans mon jardin par dessus ma clôture ou ma palissade, y poursuivre ses canards, ses poules etc., et se moquer de ma défense. Pendant que mes hôtes sont réunis chez moi, en pleine fête, il peut passer sur mon fonds avec une charrette de fumier ou un tonneau de vidange et troubler tout mon plaisir. Que lui en coûtera-t-il? Rien, qu'une défense de recommencer à l'avenir. En attendant, il a obtenu ce qu'il voulait, et j'en suis pour mes frais. Notre jurisprudence actuelle est encore profondément engagée dans les liens du matérialisme, plus profondément que la dernière jurisprudence de Rome. Je ne puis, au point de vue qui nous occupe, que répéter le reproche que je lui ai fait, il y a plusieurs années, dans mon *Combat pour le droit* (Kampf um's recht, 8e édit. p. 85 s.); sa mesure est celle d'un plat et vain matérialisme ; elle a perdu la notion de la légitimité et de la nécessité d'une réparation morale pour la lésion frivole, réparation que l'on peut atteindre à l'aide d'une condamnation à une peine pécuniaire sensible, et qui était accordée au Romain par l'*act. injur*.

D'après le droit romain nouveau, tout acte fait sur le fonds d'autrui, sans le consentement du propriétaire, ne donne pas ouverture à une *act. injur*. Nous devons, au contraire, distinguer deux sortes d'actes; j'appellerai les uns *indifférents*, les autres *relevants*. Les premiers ont pour caractère propre de ne toucher en aucune façon l'intérêt du possesseur; ce sont de purs *adiaphora*, et aussi longtemps que le possesseur ne les défend pas expressément, le droit n'en tient aucun compte. Les seconds, au contraire touchent l'intérêt du possesseur, et c'est pourquoi le droit les prohibe, sans même que le possesseur les ait expressément interdits; le droit peut et doit présupposer que le possesseur ne les souffrira point. Ces derniers seuls

contiennent des atteintes à la possession, ou pour conserver l'expression courante, des *troubles possessoires*. Seuls, ils donnent comme tels, lieu à *l'act. injur.* ou d'après la théorie actuelle, à l'int. *uti possidetis*. *En fait*, cette distinction n'a jamais été méconnue par la théorie de la possession, et elle ne pouvait l'être; mais à mon avis, la théorie, ne fût-ce que dans un intérêt d'école, ne pouvait se dispenser de l'exprimer sous la forme d'un principe, ce qu'à ma connaissance elle n'a point fait jusqu'ici. Cette distinction, comme on le verra, est plus importante qu'elle n'en a l'air.

Pour un examen purement extérieur ou formaliste, il n'y a aucune différence entre le fait de passer *à travers* le jardin de quelqu'un pour se rendre à la maison de ce dernier et celui de s'écarter du chemin pour *entrer dans ce jardin*, entre le fait de tirer la sonnette pendant le jour, pour demander à entrer et celui de la tirer pendant la nuit à la façon des faiseurs de charivari de THIBAUT, entre le fait de s'introduire dans le vestibule d'une maison et celui de s'introduire dans la cuisine, ou bien dans une chambre. Ce sont là toutes *actions* exercées sur la chose d'autrui([51]). Une fois le principe établi que je ne puis *agir* sur la chose, sans l'autorisation du possesseur ou du propriétaire, tous ces actes doivent être mis absolument sur la même ligne. La logique juridique seule est impuissante à repousser cette conséquence.

Mais cette conséquence même nous éclaire. Elle montre d'une manière réellement frappante l'absurdité de la manie des conséquences absolues. Ce n'est pas la notion de forme de l'action mécanique sur la chose qui est le point de vue décisif pour déterminer quand il y a atteinte à la possession.

([51]) Je me sers de l'expression de WINDSCHEID *Lehrbuch* 1 § 159, sans la critiquer, car toute méprise est exclue par les mots qui précèdent: contrairement à la volonté du possesseur; je veux seulement faire ressortir nettement l'égalité extérieure des entreprises indifférentes et des relevantes, sur ou dans la chose d'autrui.

Non-seulement les actions indifférentes dont je viens de parler, ne contrarient en rien cet intérêt, mais elles le servent au plus haut degré. Celui qui ne voudrait pas les souffrir s'éloignerait lui-même de toutes relations civiles. Personne n'oserait, sans son autorisation, passer par son jardin pour arriver à sa demeure, agiter sa sonnette, ni entrer dans sa maison. C'est donc son propre intérêt qui exige que ces actes soient permis à tout le monde, tant qu'il ne les a pas expressément interdits à une personne déterminée.

Le fait que chacun est libre *d'agir* de cette manière sur les choses d'autrui peut s'exprimer exactement, au point de vue juridique, en disant qu'il existe un *usus publicus* même sur la propriété privée. Cet *usus* n'est point le même que celui qui existe sur les *res publicae*, où il revêt la forme d'un *droit*, qui ne peut, comme tel, être enlevé à personne, et se trouve dès lors, en cas d'entrave, garanti par une *action*. Il apparaît, au contraire, comme une *tolérance* qui dure aussi longtemps que le possesseur ou le propriétaire ne l'a pas expressément retirée à une personne déterminée. Pour les deux catégories de choses, pour les *res privatae* comme pour les *res publicae*, l'*usus publicus* a la même portée; il sert au commerce juridique, PUBLICO USUI *destinatae sunt* (L. 2 § 5 ne quis in loco **43**.8), *in* PUBLICO USU *habentur* (L. 16, p. de C. E. **18**. 1). Sans lui, tout rapport, c.-à-d. toute rencontre des individus est impossible.

On ne doit pas confondre cet *usus publicus* sur les *res privatae*, ou pour mieux dire sur les parties de ces choses qui s'y trouvent soumises, avec l'*usus privatus* sur les parties réservées à l'*usage privé* du possesseur. Toute atteinte à cette sphère de l'*usus privatus* est, *comme telle* c.-à-d. même sans que le possesseur l'ait défendue, une *atteinte* à la possession, un *trouble possessoire;* elle a le caractère de lésion *injurieuse,* car tout individu qui la commet doit se dire qu'il ne lui est pas permis de le faire. Elle engendre donc, d'après la théorie romaine, l'*act. injur.*, d'après la

théorie actuelle l'*interd. uti possidetis.* Le voyageur peut entrer dans la chambre d'hôtel, mais non dans l'appartement privé de l'hôtelier, le facteur de la poste, l'ouvrier, le pauvre ou tout autre qui désire me parler, peut suivre le chemin qui mène à ma maison à travers mon jardin, mais non se promener dans ce jardin. Dans un jardin ou parc privé ouvert au public, je puis flaner, mais je ne puis mettre le pied dans la partie que le possesseur s'est réservée pour son usage privé, au moyen d'une corde, d'une chaîne tendue, ou d'une affiche.

La limite à établir dans chaque cas particulier ne peut guère être l'objet d'un doute, et jamais peut-être il n'y a eu à ce sujet une décision judiciaire. Pas n'est besoin d'être juriste pour savoir ce qu'on peut ou ce qu'on ne peut pas faire sur le fonds ou dans la maison d'autrui. La notion en est des plus vivantes dans le peuple. Je ne puis, néanmoins, négliger d'observer ici, tout en me réservant de le développer plus tard, que la distinction n'est pas absolue, et qu'elle varie dans la mesure de l'*intérêt du possesseur* qui lui sert de base.

Je crois ne pas faire œuvre inutile en rendant cette distinction plus claire à l'aide du parallèle qui suit.

Au point de vue purement formaliste, il n'y a nulle différence si je cueille de l'arbre d'un autre une feuille ou un fruit, si je cueille des roses dans son jardin ou des bluets dans son champ, si je retire de son fonds une poignée de sable, une pierre ou bien une charretée entière de sable ou de pierres. Toutes ces choses sont sa propriété, et je les prends sans son autorisation. Si cette vue extérieure était décisive, toutes ces appropriations devraient contenir un vol, et nos criminalistes actuels peuvent difficilement écarter cette conséquence, en présence des termes du § 242 de notre code pénal : « quiconque prend une chose à autrui, « dans l'intention de se l'approprier *injustement.* » D'après le sens littéral de la loi, une dame qui, sur le champ d'autrui se cueille des bluets, le botaniste qui prend une plante,

le minéralogiste qui prend une pierre, le voisin qui, sans en avoir au préalable obtenu la permission, prend de l'eau à ma pompe, commettraient un vol! Je ne sens, quant à moi, aucun besoin d'examiner plus avant cette question, qui au surplus, est sans intérêt pratique, car il n'y aura jamais un officier du ministère public qui poursuivra en pareil cas ([52]). A mon avis, le paragraphe dont il s'agit aurait dû être conçu en d'autres termes, mais même en l'acceptant tel qu'il est, je crois pouvoir échapper aux conséquences absurdes que je signale, en insistant sur le mot *injustement*, et en disant : il n'est pas *injuste* de s'approprier ces choses, car elles sont privées juridiquement de la protection de la propriété. Relativement à ces choses, la propriété est aussi accessible que l'est la possession relativement aux actions indifférentes sur la chose. Les entreprises faites sur cette partie de la possession et de la propriété, que ne couvre point la protection juridique, sont des *adiaphora* juridiques. La possession et la propriété trouvent, en pratique, leur limite dans *l'intérêt*. Là où l'intérêt cesse, les *notions juridiques* peuvent bien encore réclamer l'attention, mais c'est là la région de la *jurisprudence*

([52]) Je renvoie aux articles de mes collègues : JOHN, *Zeitschr. f. die gesammte strafrechtsw.* I 245, et VON BAR, *Magazin für deutsches Recht der Gegenwart* IV. Ce dernier distingue *l'appropriation juridique*, qui serait aussi possible même pour des choses sans valeur, de l'appropriation *économique* qui est exclue par le défaut de valeur de la chose. On ne peut donc commettre un vol sur des choses dépourvues de toute valeur, même lorsque le propriétaire était positivement opposé à l'appropriation (p. 18). Mais une lettre peut économiquement être dépourvue de toute valeur, et cependant avoir le plus grand prix pour le possesseur. L'individu qui nous a demandé de lui confier cette lettre et qui, ne l'ayant pas obtenue, la *vole* (comme dirait certainement toute personne étrangère au droit) commet-il ou non un vol? A mon avis : oui. L'élément du défaut de valeur n'est donc pas l'élément décisif. A mon avis, il doit être remplacé par l'élément que j'ai fait valoir plus haut : celui de la limitation de la sphère de la propriété par l'intérêt. — C'est un point de vue qui est tout aussi exact pour la protection de la propriété (*reivindicatio*, notion du vol) que pour celle de la possession (p. 75).

transcendante, comme je pourrais l'appeler, une espèce particulière de jurisprudence que j'ai caractérisée ailleurs ([53]). Elle partage avec la philosophie transcendante ce signe caractéristique, que de même que cette dernière passe par dessus l'expérience des sens, de même elle passe par dessus le monde réel du droit, qui sert exclusivement au besoin pratique. Elle rend à la véritable connaissance du droit un précieux service, autre il est vrai que celui qu'elle a en vue, savoir de montrer par des exemples effrayants, à tout homme judicieux, que les *notions* trouvent leur limite dans l'*intérêt*, que le *but* et non la *logique*, est appelé à régner en matière de droit. Un chapitre édifiant de cette jurisprudence transcendante, tiré de la théorie antérieure, était l'extension de la sphère de la propriété jusqu'au ciel et jusqu'au centre de la terre([54]).

L'intérêt forme donc la limite où le pouvoir, illimité d'après la notion formaliste, du possesseur et du propriétaire doit s'arrêter, et où le droit lui dit : jusque là et pas plus loin. La possession et la propriété n'ont point pour mission de réaliser la notion abstraite du pouvoir de la volonté sur les choses, mais d'assurer dans les formes du droit leur destination pour les besoins de l'homme. Les dispositions dans lesquelles celui qui leur attribue cette mission abstraite voit des inconséquences et des contradictions, portent, aux yeux de celui qui reconnaît avec nous leur véritable et seule mission, le caractère de choses conséquentes et qui s'imposent([55]). Mais l'intérêt est variable; il se

---

([53]) JHERING *Scherz und Ernst im Jurisprudenz* III.

([54]) Sur le caractère incontestable de l'idée de l'intérêt pratique pour la configuration du droit de propriété dans cette direction, V. JHERING Sur les restrictions de la propriété. Jahrbücher VI p. 85-93.

([55]) Cela n'est pas moins vrai pour la propriété intellectuelle, sur laquelle je reviendrai plus loin (n° X). Que l'on compare, p. ex. les § 4, 6 de la loi allemande sur le droit d'auteur, du 11 juin 1870, (« b. défense de contrefaçon), avec le § 7 (« ce qui ne doit pas être considéré comme contrefaçon). La différence signalée ci-dessus de l'*usus publicus* et *privatus* sur les choses, si l'on me permet d'étendre le mot *usus* jusqu'à y comprendre

détermine différemment d'après les circonstances idéales ou réelles qui l'influencent. Le paysan se souciera peu que l'on fasse des ordures sur un coin de son champ; l'ordure s'y joint à l'ordure; le citadin qui tient à une maison propre et nette en jugera tout autrement. Le paysan voit avec indifférence que l'on passe ou que l'on se repose sur un champ non ensemencé; le citadin défendra qu'on le fasse dans sa cour ou dans son jardin. Dans une contrée riche en eau, personne ne verra de mauvais œil que quelqu'un vienne prendre de l'eau à sa fontaine; dans celles où l'eau a une valeur commerciale (*in ea regione Africae vel forte Aegypti, ubi aqua venalis est* L. 14 § 3 de alim. leg. **34**-1), ce fait constituerait un vol. Il en est de même du fait de couper de la glace dans une rivière ou dans un canal dont le produit de la glace est affermé. Si jamais les bluets acquéraient une valeur commerciale, la dame qui voudrait contenter sa passion des bluets sur le champ d'autrui, se rendrait coupable de vol. Autrefois tout le monde pouvait chercher et prendre l'ambre où on le trouvait; aujourd'hui on commettrait un délit de soustraction dans les contrées où la récolte de l'ambre est affermée. Il en fut de même, et il en est encore ainsi aujourd'hui de la recherche de l'or en Californie.

Ceci m'amène à parler de la chasse au point de vue du droit romain. L'opinion régnante, déjà défendue par les glossateurs, est que, d'après le droit romain, il est loisible à tout homme de chasser sur le terrain d'autrui. Cependant

---

l'appropriation de la propriété, se reproduit pour les œuvres de l'intelligence aussi bien que pour les biens corporels. Aux exemples ci-dessus des bluets, des feuilles, des pierres etc. correspondent ici les cas, cités au § 7, d'*usus publicus* licite sur les œuvres de l'intelligence : citation textuelle de passages isolés ou de petites parties d'un ouvrage déjà publié; reproduction d'articles de revue isolés etc., de codes, de lois, etc., de discours (de l'espèce indiquée). Le même principe est appliqué à la question de la prise du nom d'un autre. Le nom d'un marchand ne peut être pris par aucun autre *marchand* du même endroit (intérêt de concurrence); cette défense ne concerne pas les particuliers.

WÄCHTER[56] a cherché récemment à défendre l'opinion contraire. Je tiens cette tentative pour complétement manquée, et ne puis trouver le mobile qui a déterminé l'auteur à adopter cette opinion, et à ne point reculer devant les efforts les plus violents, que dans l'influence inconsciente exercée sur lui par notre conception actuelle, et je pourrais peut-être dire, par la conception germanique de la chasse. Toute la question pivote sur la différence de l'*idée d'intérêt* dans la chasse. Le Germain était chasseur de toute antiquité, ses bois l'y invitaient. Aussi la chasse était-elle pour lui un objet d'*intérêt*, et le droit, reconnaissant cet intérêt, lui assurait la protection juridique (droit de chasse). Le Romain, au contraire, n'était pas chasseur, mais agriculteur. Le vrai père de famille romain ne gaspillait point son temps à poursuivre le gibier. Que lui importait, dès lors, qu'un autre chassât sur son fonds ? Cela lui était aussi indifférent que l'est à nos paysans le fait qu'une dame de la ville cueille des bluets dans leur champ de blé. Ce point de vue de l'intérêt sert à expliquer la position prise par le droit romain dans la question de la chasse[57]. La chasse appartient à la catégorie des actes que l'on pouvait se permettre sur le fonds d'autrui, sans commettre une atteinte à la propriété. Toutefois, ici comme partout ailleurs, il faut ajouter cette réserve : aussi longtemps que la chasse n'est pas défendue par le propriétaire. Cette réserve est expressément mentionnée dans les sources (L. 3 § 1, L. 5 § 3 de A. R. D. **41**.1 de GAÏUS, reproduite dans les Institutes § 12. 14 J. de R. D. **2**.1; L. 13 § 7 de inj. (**47**.10); L. 16 de S. P. R. **8**.3). WÄCHTER s'y prend d'une étrange façon pour concilier ces textes avec sa manière de voir. Dans la

---

[56] *Das Jagdrecht und die Jagdvergehen.* Erster Abschnitt : Das Römische Recht (*Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfakultät in Leipzig.* Leipz. 1870, p. 338-350).

[57] Ainsi que dans la question de la pêche. L. 13 § 7 de inj.. *in lacu, qui dominii mei est, utique piscari aliquem prohibere possum* c.-à-d. *faute de défense*, la pêche est *libre*.

L. 16 cit., il voit cette proposition qu'il n'est pas permis de chasser *sans le consentement* du propriétaire, de sorte qu'il eût fallu d'abord la demande expresse de ce consentement. Or le texte dit : on ne peut chasser *contre* la volonté (*dominis* INVITIS); pour exclure la chasse, il faut donc tout d'abord la défense du propriétaire. Les textes de GAÏUS rattachent expressément le caractère illicite de la chasse à une défense préalablement faite dans ce but, au moment de l'entrée sur le fonds (*qui in alienum fundum* INGREDITUR VENANDI AUCUPANDIVE GRATIA, *potest a domino, si is providerit,* JURE PROHIBERI *ne ingrederetur*) – *Jure prohiberi* peut être compris dans un double sens. *En fait* : le propriétaire peut repousser le chasseur par la force, le droit le lui permet (JURE *prohibet* = à bon droit), mais s'il n'y parvient pas, il n'a pas d'autre secours à attendre. *En droit :* la simple défense du propriétaire suffit pour imprimer à l'acte de l'adversaire le caractère de l'injustice, et on peut compléter la pensée de GAÏUS en disant : si cet acte se commet quand même, il y a lieu à l'*act. injur.* (*jure prohibet* = avec effet juridique). Que tel *puisse* être le sens de l'expression *jure prohibere* ou même du simple *prohibere*, c'est ce qui résulte de l'emploi fréquent de ce terme avec cette acception, au titre *quod vi aut clam* (**43.** 24) p. ex. L. 1 § 5-8, L. 3 pr. § 8; mais je vais plus loin, et je dis qu'il n'est pas nécessaire de démontrer davantage que tel *doit* être ici le sens dans lequel il faut l'entendre.

WÄCHTER déduit du droit de défense accordé au propriétaire la conclusion qu'il n'est pas vrai de dire que tout homme avait le *droit* de chasser sur les terres d'autrui, puisque, dans ce cas, le propriétaire n'aurait pu le lui défendre. C'est confondre le *droit* avec la *faculté*. A la vérité, il ne saurait être ici question d'un droit pouvant s'exercer même en cas de contestation ou de résistance de la part d'une autre personne — l'*usus publicus* sur les *res privatae* ne peut être assimilé à l'*usus* sur les *res publicae* (p. 77) — aussi cela n'a-t-il jamais été soutenu par per-

sonne. Le débat roule exclusivement sur la *faculté*, c.-à-d. sur le point de savoir si, d'après le droit romain, on *pouvait* chasser *licitement* sur les terres d'autrui sans la permission du propriétaire. A en croire WÄCHTER, on ne le pouvait point, parce qu'en le faisant on portait atteinte au droit de chasse exclusif du propriétaire. D'après l'opinion dominante, au contraire, on le pouvait, et abstraction faite de la modification que je vais mentionner, cette opinion répond sans aucun doute à la manière de voir des Romains. La chasse est *libre* d'après le droit romain; elle se trouve comprise dans l'*usus publicus* sur les *res privatae*.

L'idée qui se trouve au fond de cet état des choses est, comme je l'ai remarqué plus haut, l'idée nationale des Romains de l'*absence de valeur économique* de la chasse. Aux yeux des paysans romains, le gibier n'était en somme que ce que sont les bluets pour notre paysan actuel. Il ne s'en soucie point; chacun peut les prendre. Il se réjouit, tout au contraire, de voir le gibier chassé ou tué, absolument comme le paysan actuel serait satisfait si quelqu'un purgeait son champ des bluets et des mauvaises herbes. Mais chez les Romains aussi naquit à l'époque postérieure, parmi les classes élevées, l'amour de la chasse, et la chasse sur ses propres terres devint même un mode d'acquérir. On éleva du gibier sur des terrains consacrés à cet usage, non-seulement en vue de le faire servir à l'agrément du propriétaire, mais aussi en vue de produire un revenu. C'est cet état des choses que vise JULIEN dans la L. 26 de usur. (**22.**1): *Venationem fructus fundi negavit* (*Minicius*) *esse, nisi* FRUCTUS FUNDI EX VENATIONE CONSTET. Il en est de même d'ULPIEN dans la L. 12 § 12 de instr. leg (**33.**7) : *si in agro* VENATIONES *sint* (ce n'est donc pas le cas ordinaire, et le sens de *venationes* est expliqué par ce qui suit) *puto venatores quoque, et vestigatores, et canes, et caetera, quae* AD VENATIONEM SUNT NECESSARIA, *instrumento contineri*: MAXIME *si ager et ex hoc* REDITUM HABUIT (mots qui font allusion à l'hypothèse distincte de la chasse pratiquée pour le

plaisir), et § 13 : *et si ab aucupio* REDITUS FUIT, *aucupes et plagae, et hujus rei instrumentum* AGRI *instrumento continebitur.* Citons encore PAUL dans la L. 22 ibid. *si* QUAESTUS *fundi ex* MAXIMA *parte* IN VENATIONIBUS *consistat.*

Il est difficile de comprendre comment WÄCHTER (p. 345) a pu, en présence de ces textes, nier la *destination* du fonds pour la chasse, qui s'y trouve nettement et clairement établie. Lorsque le juriste pose le cas : *si in agro venationes* SINT, il lui oppose cet autre, dans sa pensée : *si* NON *sint.* De même, dans l'autre texte, au cas : NISI *fructus fundi ex venatione constet*, il oppose celui : SI *ex venatione constet.* On reconnaissait donc, par rapport à la chasse, deux hypothèses *de fait* différentes, auxquelles, *en droit*, se rattache cet effet que l'*ususfructus* est reconnu possible dans l'une, à raison de sa productivité économique, et exclu dans l'autre à défaut de semblable productivité (*venationem fructus fundi negavit esse*). Je concède que l'on *peut* aussi rattacher ce passage à l'obligation du défendeur, dans la *reivindicatio*, de restituer les fruits, ainsi que l'ont fait CUJAS et WÄCHTER, mais il est faux de soutenir qu'il *doit* nécessairement s'y rapporter.

En tout cas, c'est un fait acquis que les juristes romains distinguaient les fonds ordinaires qui n'étaient *point destinés* à la chasse et sur lesquels le produit de celle-ci était chose accidentelle, sans conséquence, de ceux pour lesquels la chasse formait la destination exclusive ou du moins une des destinations du fonds. Pour les premiers, la chasse ne peut être l'objet de l'*ususfructus*, pas plus que la cueillette des bluets sur un champ. L'usufruitier pouvait, bien entendu, chasser également sur ces fonds. Le droit de prohibition du propriétaire ne s'applique point à lui, tandis que, prenant, en droit, la place du propriétaire, il peut lui-même défendre à ce dernier, comme à tout autre, de chasser sur le fonds.

Grande est la différence entre cette *faculté* de chasser accordée à l'usufruitier sur les fonds *non*-destinés à la chasse, et le *droit* qui lui appartient de chasser sur les fonds

qui y sont destinés. Ici la chasse forme l'*objet* de l'usufruit et il n'importe guère, évidemment, que le fonds permette encore un autre *uti frui*. C'est à de pareilles terres de chasse, qu'il faut rapporter la L. 26 de usur., la L. 9, § 5, la L. 62 pr. de usufr. (**7.1**) et PAUL S. R. III, 6 § 22. L'avis que donne le juriste dans la L. 62 pr. cit. : *Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis* ([58]) *probe dicitur*, contiendrait une banalité sans pareille si on voulait le rapporter à la chasse ouverte. Il n'était, en effet, nul besoin de faire remarquer que l'usufruitier a le même droit que le premier tiers venu, surtout lorsqu'on ajoute : PROBE *dicitur*, comme si cela avait pu être mis encore en doute. Cette remarque a ainsi, pour l'usufruitier, un sens particulier qui ne s'applique point aux tiers. Une autre indication de la chasse close se trouve dans les mots : *in saltibus vel montibus*. Pourquoi cette ajoute? Pourquoi pas *venari* tout court, ou s'il fallait une ajoute quelconque, pourquoi ne pas dire : *in fundo*, comme dans la L. 3 § 1 et L. 5 § 3 de A. r. d. (**41.1**) ? Le juriste pense évidemment ici aux *venationes in agro*, à la chasse close, et s'il relève cette particularité, ce ne peut être que parce qu'il y a des différences entre cette chasse et la chasse ouverte.

Qu'y a-t-il donc de particulier dans la chasse close ? Ceci à mon sens : reconnue comme objet de l'*ususfructus* c.-à-d. comme *droit*, dans la personne de l'*usufruitier*, elle revêt le même caractère dans la personne du *propriétaire*. Cette conclusion de WÄCHTER est, à mon avis, tout-à-fait exacte. Mais à cela se rattache nécessairement le besoin de la protection juridique correspondante. Si l'usufruitier, lorsque le propriétaire commet des atteintes à son droit de chasse, peut intenter de ce chef l'*act. confessoria*, et c'est à ce cas précisément qu'il faut rapporter la L. 26 de usur. citée, le propriétaire doit, lui aussi, être protégé de même

---

([58]) On s'attend à trouver ici le mot *posse*. Ce mot était peut-être indiqué au moyen d'un trait de redoublement au-dessus de *posse* dans *possessionis*.

contre les atteintes commises par des tierces personnes à son droit de chasse. En maintenant, pour la chasse close comme pour la chasse ouverte, le principe de la liberté de la chasse, on aurait, sans aucune excuse, sacrifié la propriété. Des tiers auraient pu organiser des chasses en battues, sur des terres de chasse appartenant à autrui. A chaque défense du propriétaire, un autre aurait pu venir remplacer incontinent celui auquel la défense avait été adressée. Celle-ci n'aurait jamais eu d'effet que contre telle personne déterminée; elle n'eût pu en atteindre d'autres, et des chasseurs de profession auraient pu, en passant d'un domaine à l'autre, piller les chasses de l'Italie toute entière. Je ne puis admettre que les juristes romains aient songé, sans s'émouvoir, au désordre qui eût été la suite de la dépréciation économique des terres destinées à la chasse. C'eût été un vain formalisme, qu'on ne peut pourtant leur reprocher : l'application stricte d'une règle parfaitement exacte pour le rapport auquel elle était destinée, à l'origine, à un autre rapport né plus tard et absolument différent du premier.

Mais comment échapper à la règle traditionnelle que la chasse est permise sur le sol d'autrui? On pouvait le faire sans abolir cette règle. Elle ne permet la chasse qu'aussi longtemps que le propriétaire ne la défend point. Quant à la chasse close, il ne faut pas, au préalable, une défense spéciale; chacun doit se dire que le propriétaire ne souffrira pas qu'on y chasse, qu'il n'est pas possible qu'il le souffre et que dès lors, on chasse INVITO *domino* (L. 16 de serv. pr. rust. (8.3) : *non est consentaneum, ut per aliena praedia* INVITIS *dominis aucupium faciatis*). La situation est ici, dès le début, identique à celle qui se présente *après* la défense, en cas de chasse libre, c. à. d. le propriétaire a l'*act. injur*. du chef de l'exercice de la chasse. En d'autres termes : LA CHASSE CLOSE est dans l'USUS PRIVATUS, *la chasse ouverte, dans* l'USUS PUBLICUS. Le propriétaire ne doit pas plus apprendre à un tiers qu'il peut chasser sur la chasse ouverte mais non sur la chasse close, qu'il n'aurait

à lui apprendre qu'il peut entrer dans son champ, mais non dans son jardin. Contre celui qui passe sur mon fonds pour se rendre à ma maison, ou qui entre dans celle-ci, je n'ai point d'*act. injur.* tant que je ne le lui ai pas spécialement défendu, mais j'ai cette action contre le voleur qui se cache dans ma maison (L 21 § 7 de furtis **47**.2). Celui-ci porte atteinte à mon *usus privatus;* celui-là ne fait qu'exercer l'*usus publicus* sur mon fonds. Si celui qui chasse sur une chasse privée pouvait invoquer la règle : on peut chasser sur le terrain d'autrui, le voleur pourrait également se couvrir de la règle : on peut entrer dans la maison d'autrui. De part et d'autre, il faut ajouter la réserve : *pour autant que l'on puisse supposer que le propriétaire y consente.*

De ces explications il faut conclure que dans l'opinion dominante comme dans celle de WÄCHTER, il y a à la fois une partie de vérité et une partie d'erreur. La première a raison pour la chasse libre et tort pour la chasse close, la seconde a raison pour la chasse close et tort pour la chasse libre.

Après cette digression sur la chasse, qui avait autant pour but d'expliquer que de mettre à profit la distinction établie plus haut (p. 77 s.) entre l'*usus publicus* et l'*usus privatus* sur des terres privées, je reviens au point où j'ai interrompu ma démonstration (p. 81). J'en étais à l'idée du caractère relatif de cette distinction et j'espère avoir mis ce point en pleine lumière, grâce à l'exemple que je viens d'examiner. Exclusivement chose d'*usus publicus*, à l'origine, la chasse devient, en même temps, déjà chez les Romains, chose d'*usus privatus*, et elle finit, chez nous, par tomber exclusivement en partage à ce dernier. L'idée dominante est l'intérêt.

Il y a, pour finir, un point qui n'a pu être épuisé dans ce qui précède. Ma théorie sur l'*act. injur.*, en matière de possession, est comprise tout entière dans ces deux propositions : pour les parties du fonds qui sont ouvertes à l'*usus*

publicus, l'*act. injur.* ne commence qu'*avec* la défense; pour celles qui sont réservées à l'*usus privatus*, elle surgit même *en l'absence* de défense. Il me reste à faire la preuve de cette manière de voir. Voici les passages des sources qui la justifient.

La première des deux propositions résulte de la L. 23 de injur. : *qui in domum alienam* INVITO *domino introiret, actionem injuriarum in eum competere*, et de la conséquence, indiquée plus haut (p. 82 s.) du droit de prohibition dans la chasse libre. La seconde résulte de la L. 21 § 7 de furtis, sur l'entrée furtive d'un voleur dans une maison, et des L. 15, § 31 et L. 44 de injur. examinées pp. 27 et 37.

Nous avons examiné jusqu'à présent la question de savoir jusqu'à quel point des actes *positifs* qui n'ont pas le caractère d'un *opus factum*, engendrent l'*act. injur.* En regard des atteintes positives, il y a les atteintes que l'on pourrait nommer *négatives* c.-à-d. celles qui touchent le libre pouvoir de disposer du possesseur, qui cherchent à l'entraver dans les actes qu'il se propose de faire. Nous en avons déjà parlé à l'occasion des atteintes à la propriété (p. 40 s.), car elles peuvent se diriger non-seulement contre des mesures *de fait*, mais encore contre des mesures *de droit* p. ex. la vente projetée de la chose (L. 24 de injur.). C'est à ces dernières atteintes que se rapportent les expressions des juristes romains que nous avons citées alors, relativement à la recevabilité de l'*act. injur.* : *Si quis re mea uti me non permittat.* Bien que les textes soient conçus en termes généraux, cependant leurs auteurs n'ont eu en vue que les choses mobilières. Pour les choses immobilières, on n'avait pas, dans ce cas, besoin de l'*act. injur.* l'interdit *uti possidetis* suffisait.

Nous abordons ce dernier moyen de droit, afin de rechercher le rôle qu'il remplit en droit romain à côté des deux autres moyens dont il a été jusqu'ici question : l'*interd. quod vi aut clam*, et l'*act. injur.*

4. L'interdit *uti possidetis* dans sa fonction romaine. Je touche ici le point le plus délicat de tout mon travail. Moi-même, je n'ai pas été peu surpris du résultat étonnant auquel il m'a conduit, et je m'attends à rencontrer de graves contradictions. J'ai constaté, en effet, que cet interdit ne se trouve mentionné nulle part, dans les sources, pour le cas d'une atteinte *personnelle positive* à la possession d'autrui : p. ex. pour le fait d'aller à pied, à cheval ou en voiture sur le fonds d'autrui. Tous les textes qui mentionnent des atteintes *personnelles* (par opposition aux *états de choses établis*) comme donnant lieu à l'interdit, ont pour objet des atteintes *négatives* c.-à-d. des *prohibitions*. La théorie courante qui voit précisément, dans les atteintes positives, le principal cas d'application de l'interdit, n'a pas pu en apporter un seul témoignage[59]. Tous les exemples qui se rencontrent dans le titre *uti possidetis* (**43**.17) concernent, sans exception, des prohibitions (L. 3 § 2 *prohibetur... prohibes*, § 3 *prohiberet*, § 4 *prohibetur*). La L. 11 qui se trouve insérée dans le titre *de vi* par suite d'une inadvertance des compilateurs, et qui concerne le *vim fieri veto* de l'*interd. uti possid.* ne mentionne, pareillement, que des atteintes négatives comme exemples de la *vis* que commet celui *qui* NON SINIT *possidentem eo, quod possidebit*, UTI ARBITRIO SUO : entraves à la possession, *sive in serendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit*. Pareillement, dans la L. 8 § 5 si serv. (**8**.5) l'interdit apparaît toujours appliqué au cas : *si quis* PROHIBEATUR, *qualiter velit* SUO UTI, alors cependant que cette espèce offrait une occasion exceptionnelle pour mentionner l'applicabilité de l'interdit aux atteintes positives, dont il était précisément question. Pour elles, le juriste se contente de renvoyer

---

[59] V. p. ex. SAVIGNY Possession, trad. Staedtler, p. 375.

purement et simplement à l'*actio negatoria*. Aucune mention n'est faite de l'interd. *uti possidetis* pour le rapport dont précisément il est traité, et cependant cet interdit se trouve indiqué pour un rapport dont il n'était point question. L'*interd. uti possidetis* mentionné dans la L. 12 com. div. (**10**.3) a également pour but d'énerver l'opposition du copropriétaire contre des mesures nécessaires au sujet de la propriété commune, il porte donc également sur une *prohibition*. Il en est de même de la L. 14 de injur. (**47**.10): *si prohibeatur jus suum exercere*, bref, *partout où l'interdit est mentionné, il s'agit d'un prohibere.*

Faisons la contre-épreuve, et examinons les textes qui traitent des atteintes positives. Dans nos idées actuelles, ces atteintes constitueraïent des troubles possessoires et aucun juriste actuel n'hésiterait à donner, de ce chef, l'*interd. uti poss*. Que font les juristes romains? Ils ne le mentionnent pas même comme possible; ils ont recours à d'autres actions : à l'*int. quod vi aut clam*, à l'*act injur.* et à l'*act. negatoria*. Dans le cas où quelqu'un a jeté des pierres sur le fonds voisin, la L. 15 § 1 quod vi, donne l'*interd. quod vi aut clam* et la L. 44 de injur. l'*act. injur*. Quelqu'un fait des *immissiones* sur le fonds d'autrui, le juriste romain, dans la L. 8 § 5 si serv. (**8**.5) renvoie à l'*act. negatoria*. Pour les prohibitions, au contraire, il se sert de l'interdit *uti poss.* comme nous venons de le voir. Les L. 15 § 31 et L. 20 de injur. traitent, comme nous l'avons vu (p. 27) du cas de saisie pratiquée d'autorité privée. Le but de cette mesure n'étant point l'appropriation de la possession juridique, mais bien la seule détention (*detentio custodiae causa*), elle contiendrait un simple *trouble* à la possession (et non une *éviction*) qui donnerait pleinement ouverture à l'interd. *uti possid.* de la théorie actuelle. Cependant ces deux textes ne mentionnent que l'*act. injur.* et non l'*uti possidetis*. Il en est de même dans le cas de la L. 23 ibid. pour l'entrée dans une maison contre la volonté du propriétaire.

On objectera que si les sources ne mentionnent nulle part l'interdit comme s'appliquant aux atteintes positives à la possession d'autrui, c'est là une conséquence toute naturelle du but de cet interdit. Assurément oui, si on comprend ce but comme le fait la doctrine actuelle. Mais où, dans les sources, ce but se trouve-t-il ainsi déterminé? Les juristes romains en désignent un tout autre, qui se rapporte à l'hypothèse : *quotiens est inter litigatores proprietatis controversia* (L. 1 § 3 uti poss. **43**.17, § 4 Inst. de interd. **4**.15. Gaïus IV. 148). Le but, l'*exitus* de cette *controversia possessionis*, se trouve indiqué dans la L. 35 de poss. (**41**.2); c'est que le juge décide : *uter possideat*. De là vient que l'interdit n'est applicable que lorsque l'adversaire s'attribue la possession; là est la raison pour laquelle cet interdit était un *interd. duplex*. La formule : *uti possidetis* était précisément calculée en vue de rendre possible aux deux parties l'assertion de leur possession *propre*, de même que, dans l'ancienne procédure, la *reivindicatio* avec *contravindicatio* avait en vue la possibilité de l'appropriation *réciproque*. Et cette possibilité était en même temps une *nécessité* de procédure. Contre un adversaire qui ne s'attribuait nullement la propriété ni la possession, la *reivind.* et l'*uti poss.* étaient d'avance inapplicables. Là où il n'y avait aucune *controversia*, il aurait été absurde d'ordonner une instruction judiciaire. Dans l'*interd. uti poss.*, le trouble possessoire ne pouvait donc être pris en considération que pour autant que l'on pût y trouver une *appropriation* de la possession. C'est pour cela que, dans la L. 3 § 2 uti poss. (**43**.17), on fait intervenir la considération de la *controversia possessionis*, pour justifier la recevabilité de l'interdit, dans le cas où quelqu'un veut empêcher un autre de bâtir : *videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti possessione mea*. A quoi bon cette considération si l'interdit était destiné à protéger contre le trouble possessoire? On aurait dû, dans ce cas, faire l'inverse et invoquer le trouble

possessoire pour justifier la recevabilité de l'interdit pour la *controversia possessionis*. C'est ainsi encore, que pour l'interd. *utrubi* la *controversia possessionis* est indiquée comme motif de l'interdit. Dans la L. 1 § 1 de utrubi (**43**.31), il est dit : *ut is vincat*, *qui nec vi*, *nec clam*, *nec precario*, *dum* SUPER HOC *ab adversario* INQUIETATUR, *possessionem habet*. Cet interdit n'est donc pas donné pour le cas: *dum* IN *possessione*, mais *dum* SUPER *possessione inquietatur*, c.-à-d. lorsque l'adversaire *conteste* la possession, lorsqu'il se l'attribue à lui-même.

Mais dans *tous* les troubles possessoires sans distinction il y a néanmoins une *vis*, et c'est précisément la *vis* qui est défendue dans ces deux interdits.

Quelle est cette *vis ?* Ce n'est point celle à laquelle nous songeons aujourd'hui dans l'*interd. uti poss.*, la *vis* qui consiste en des atteintes à la *chose* possédée, mais celle qui se dirige contre la *personne* du possesseur. Le possesseur a la faculté de maintenir sa possession par *force privée*. Cette faculté ne se restreint pas uniquement à pouvoir défendre contre les attaques et les atteintes d'autrui la chose qu'il a en sa possession *corporelle* (une autorisation préalable de l'autorité n'est point ici requise), elle s'étend aussi au cas où un *injustus possessor* détient cette chose, et même, pour les choses mobilières, à celui où c'est un *bonae fidei possessor* qui détient la chose, mais l'a possédée moins longtemps que lui dans le cours de la dernière année. C'est précisément pour ces cas que les deux interdits : *utrubi* et *uti possid.* étaient faits; ils contenaient *l'autorisation légale de la justice privée;* l'interdiction de la *vis* contre l'adversaire n'était que le revers de cette autorisation positive. C'était l'idée romaine antique de la justice privée qui, dans les cas où existaient les conditions légales de celle-ci, donnait à l'époque ancienne la voie *normale* pour réaliser le droit. L'Edit du Préteur donnait de semblables autorisations de justice privée dans beaucoup de cas. Je rappelle par ex. l'Edit rapporté dans L. 1 pr. Ne vis fiat ei qui in poss. (**43**.4),

les interdits par rapport à la *res publica* (L. 1 pr. de loc. pub. **43**.9, L. 1 pr. de via publ. **43**.11, L. 1 pr. ut in fl. **43**.14. L. 1. pr. de ripa **43**.15), les interdits quasi-possessoires (L. 1 pr. de superf. **43**.18, L. 1 pr. L. 3 § 11 de itin. **43**.19, L. 1 pr. § 29, 38, de aqua **43**,20 etc. etc.).

Entendue de cette façon, la défense de la *vis* dans l'*interd. uti possid.* acquiert un sens infiniment plus restreint que celui qu'on y attache de nos jours. Elle prohibe non point toutes les entreprises quelconques sur le fonds d'autrui, non point la *vis* qui, si je puis m'exprimer ainsi, atteint seulement la *chose*, mais celle qui se dirige contre le *possesseur*, c.-à-d. qui autorise à conclure que l'adversaire ne veut pas lui reconnaître cette qualité. Ainsi s'explique que du chef d'entreprises qui peuvent former l'objet d'une servitude, et qui, par conséquent, se concilient avec la reconnaissance de la possession de l'adversaire, les juristes donnent non point l'*int. uti poss.*, mais l'*act. negatoria*, et que du chef de toutes les autres entreprises, ils n'accordent pas davantage cet interdit, mais bien l'*actio injur.* Ces actes ne renferment point une *controversia possessionis*, ils ne rendent point nécessaire une instruction judiciaire sur le point de savoir: *uter possideat.* L'atteinte que le défendeur a commise ici ne peut être considérée comme une *vis* exercée pour maintenir sa possession *propre.* L'appropriation de possession, tentée ou accomplie en fait, est la chose décisive, et je ne crois mieux pouvoir rendre la conception romaine de l'*int. uti poss.* qu'en disant : Cet interdit a pour objet de rechercher non point l'existence de la possession, mais la question de la *légalité* ou de l'*illégalité* de la *justice privée* exercée, de part et d'autre, dans le but d'affirmer sa possession (*an vis facta sit contra edictum* GAÏUS IV. 141). De même, d'après notre opinion indiquée plus haut (p. 45 note 28), l'ancien procès en revendication roulait, dans la forme, non sur l'existence de la propriété, mais sur la légalité ou l'illégalité de l'acte solennel de justice privée (*vindicare*) d'abord exécuté extrajudiciairement,

puis répété devant la justice, dans le but d'en obtenir la sanction. L'*uti poss.* contient, sous ce rapport comme pour ce qui regarde son caractère double et la peine de procédure de la partie succombante, une *imitation de l'antique reivindicatio*, en matière de possession.

Si cette idée de la fonction de l'interdit *uti poss.*, est la vraie, la protection qu'elle assurait au possesseur était restreinte. Sans aucun doute, il était applicable en cas d'éviction de la possession, puis encore dans les cas de prohibitions. Celles-ci ne souffraient pas d'autre interprétation si ce n'est que le défendeur s'attribuait à lui-même la possession. Mais là s'arrètent toutes les indications des sources sur l'applicabilité de l'interdit. La lacune qu'il laissait ouverte était comblée, ainsi que nous l'avons vu, par l'*interd. quod vi aut clam*, l'*act. negatoria* et l'*act. injur.* Avant que les juristes n'eussent donné à cette dernière l'extension que nous avons indiquée, la protection du possesseur était restée incomplète et on peut en tirer un argument contre la fonction restreinte de l'*int. uti poss.* que je viens de préconiser. A cette objection, je réponds par deux observations. D'abord l'insignifiance économique que présentent régulièrement les atteintes contre lesquelles est dirigée l'*act. injur.* Le sentiment juridique du paysan de l'ancienne Rome n'était pas aussi sensible que le nôtre et que celui de l'époque romaine postérieure. La mesure avec laquelle il appréciait les entreprises illicites sur son fonds était uniquement, ainsi que je l'ai démontré ci-dessus par de nombreux exemples, la mesure économique du dommage causé au patrimoine. J'ajouterai que le défaut de protection économique était jusqu'à un certain degré compensé par le droit appartenant au possesseur de repousser, en fait, les atteintes illicites.

VI. La lésion injurieuse en matière de détention.

La doctrine dominante enseigne, comme on sait, que le détenteur est privé de toute protection possessoire. C'est

précisément cette absence de protection qui constitue, pour cette doctrine, l'essence de la détention, et la différence qui la distingue de la possession juridique. On reconnaît le même état de choses pour les rapports du louage. Locataire et fermier ne jouissent donc d'aucune protection contre les tiers. Cette protection ne peut leur échoir que médiatement par l'intervention du bailleur. On explique cet état de choses en disant que la position indépendante que donne la possession juridique ne peut se concilier avec l'état de dépendance dans lequel ces personnes se trouvent vis-à-vis du bailleur.

Ici encore nous introduisons dans le droit romain un élément étranger. Le droit prétorien a transporté à la superficie et à l'emphytéose la protection possessoire, sans se laisser arrêter par cette considération que l'une et l'autre sont des rapports contractuels. L'idée qu'un rapport contractuel dérivé, sur une chose, exclut la protection possessoire, est étrangère à la conception des Romains. Lorsque dans ces deux rapports, les juristes romains admettent la possession juridique (de choses ou de droits), c'est là une construction théorique ajoutée après coup, en sous-œuvre, à l'innovation législative du Préteur, innovation amenée exclusivement par des motifs pratiques. Ils ont cru pouvoir s'en passer dans d'autres rapports. On donnait un moyen possessoire même aux créanciers envoyés en possession du patrimoine de leur débiteur. C'était l'*act. in factum* mentionnée dans la L. 1 pr. Ne vis fiat (**43**.4), qui assure à la fois l'obtention et le maintien de la possession (L. 1 § 3 *non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum qui possessione pulsus esset, cum venisset in possessionem*). Pour d'autres personnes envoyées en possession, c'était un interdit (L. 3 § 2 ibid. L. 5 § 27 ut in poss. **36**.4). QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA avait, dans ce cas, admis la possession (*inter genera possessionum posuit*), mais son opinion fut rejetée comme radicalement fausse (*ineptissimum*), par les juristes postérieurs (L. 3 § de 23

adq. vel amitt. poss. 41.2). Déjà dans le droit antérieur on donnait un moyen possessoire au fermier d'un lieu public (L. 13 § 7 de injur. : CONDUCTORI *autem* VETERES *interdictum dederunt, si forte publice hoc* (*locum?*) *conduxit, nam vis ei prohibenda est, quominus conductione sua fruatur*); nulle part on ne lui assigne la possession juridique. L'opinion actuelle que ces deux notions : possession juridique et protection possessoire se couvrent, ne trouve ainsi aucun soutien dans le droit romain, et la simple affirmation que le locataire et le fermier n'ont pas la possession juridique obscurcit plus qu'elle n'élucide la notion de leur position juridique.

L'examen des moyens de droit qui leur étaient accordés nous montrera que leur position était, en pratique, toute autre que celle admise généralement, et que cette position se rapprochait d'assez près de celle de la possession juridique. Seul, l'*int. uti possidetis* leur est refusé. Si l'opinion développée ci-dessus (p. 90 s.) sur la portée de cet interdit, est exacte, ce moyen n'aurait eu pour eux ni sens ni but. La protection juridique dont ils avaient besoin, leur était assurée d'une autre manière.

Elle l'était d'abord par l'*interd. quod vi aut clam.* Nous avons établi plus haut (p. 58) qu'il protégeait contre les troubles possessoires dans notre sens actuel, et appartenait aussi au locataire et au fermier(60). Bien qu'il fût lié à l'hypothèse d'un *opus in solo factum*, cette notion était assez étendue pour assurer le locataire et le fermier contre des atteintes plus importantes. Il remplaçait jusqu'à un certain point l'*act. legis Aquiliae* et, le cas échéant, l'*actio in factum* qui en tenait lieu(61). L'*act. injur.* venait combler

(60) J'ai cru trouver un cas d'application au locataire dans la L. 22 § 3 quod vi (43.24) (Jahrb. XV p. 407 s.). Quoi qu'il en soit, le droit du locataire à cet interdit ne peut être l'objet d'aucun doute en présence de la L. 16 pr. ibid.

(61) L. 27 § 14 ad leg. Aq. (9,2); L. 13 pr. quod vi.

la lacune que laissait subsister cet interdit (p. 71). Il est évident que cette action devait être accordée non-seulement au propriétaire, mais aussi au fermier et au locataire. Ce point se trouve expressément reconnu dans les sources par rapport à un cas de trouble possessoire : la violation de domicile (*domum vi introitam*)([62]). Relativement aux fruits volés sur son champ, le fermier avait l'*act. furti*, qui, comme on sait, avait pour unique condition l'existence d'un intérêt([63]). Ajoutons encore qu'à côté de l'*interd. de vi quotidiana,* qui supposait la possession juridique, l'Edit connaissait un *interd. de vi armata,* qui appartenait également au simple détenteur([64]). De cette manière, la position juridique du fermier et du locataire se renforce; elle finit par ressembler assez bien à celle du possesseur juridique, et à compenser, pour eux, la privation de la possession juridique.

C'est, néanmoins, ce dernier fait qui est devenu la base du jugement que la jurisprudence moderne s'est formé sur la position juridique de ces personnes. Le défaut de possession juridique lui a paru équivaloir au défaut de protection juridique contre les tiers. Pour combler la lacune ainsi produite, lacune qui compromettait au plus haut point les intérêts légitimes du fermier et du locataire, elle s'est vue forcée de recourir à deux moyens de droit qu'elle a créés elle-même : l'*act. spolii* et le *summariissimum* ([64a]). L'idée qui forme la base de ces deux moyens n'est autre que celle de la lésion injurieuse, telle qu'elle a été comprise et réalisée

---

([62]) L. 5 § 2 de injur... *sive in propria sive* IN CONDUCTA ; § 4 *si dominus fundum* LOCAVIT *inque eum impetus factus sit*, COLONUS *aget, non dominus*.

([63]) L. 11, L. 14 § 2, L. 26 § 1 de furt. (**47. 2**).

([64]) KELLER *Semestria.* Vol. I. p. 324-341.

([64a]) [Sur l'*Actio spolii* ou Reintégrande en droit français V. DALLOZ, Répertoire supplt. vo. Act. poss.. no 5, WODON, Traité de la possession T. I p. 147 ss; sur le *Summariissimum* ou Récréance. V. DALLOZ, Répert. Eod. verb. no 17 in f. et 688, suppt. no 677., WODON, l. c. T. I. p. 200 s.]

par les Romains, d'abord dans l'*interd. quod vi aut clam* du droit antérieur, puis dans l'*act. injur.* du droit nouveau. Une connaissance plus exacte du droit romain eût permis de s'épargner cet effort. Mais une fois ces actions établies, c'est une erreur grave de leur refuser la légitimité au point de vue de la théorie possessoire des Romains. Au point de vue de la vraie théorie romaine, abstraction faite de nos idées modernes, elles ne sont ni plus ni moins que l'*interd. quod vi aut clam* et que l'*act. injur.* Comme ceux-ci, elles sont absolument indépendantes de la notion de la possession juridique, et se rattachent à l'idée que le droit doit protéger la personne contre toute atteinte injurieuse à ses rapports de fait avec les choses. C'est l'idée sur laquelle plusieurs juristes modernes, comme PUCHTA et BRUNS, ont faussement voulu baser toute la théorie possessoire romaine.

VII. Fonction de l'action d'injure d'après le droit romain et applicabilité actuelle de cette action.

On sait que l'*act. injur. aestimatoria* de l'Edit du Préteur tendait à l'adjudication d'une somme d'argent, demandée par l'une des parties et fixée par le juge, d'après les circonstances de la cause, à titre de satisfaction accordée au demandeur du chef de la lésion subie par lui (*quantam pecuniam* BONUM ET AEQUUM *videbitur* L. 17 § 2 de injur.). Pour la fonction originaire, c.-à-d. abstraite, de l'action d'injure (p. 3 s.), cette condamnation pécuniaire suffisait parfaitement. Il en était de même dans certains des cas cités plus haut. Mais il n'en était pas toujours ainsi. Lorsque, dans le cas de la L. 25 de act. emti. (**19**.1) : *si rem suam tollere* PROHIBEATUR, l'acheteur a recours à l'*act. injur.* au lieu de l'*act. ad exhibendum*, il s'agit, pour lui, d'obtenir du juge qu'il oblige le défendeur à *permettre l'enlèvement* de la chose. Il eût été impossible que le juriste mît ces deux actions sur la même ligne, si elles n'avaient pas été également propres à atteindre ce but. Dans l'une comme dans l'autre, le juge doit donc avoir eu le pouvoir de *con-*

traindre le défendeur à permettre l'enlèvement. Dans l'*act. ad exhibendum*, cette faculté lui était expressément accordée par l'ajoute à la formule : *si arbitratu tuo non exhibebitur*; comme sanction de son ordre (*arbitrium*), il lui était loisible de comminer une peine pécuniaire dont le taux était laissé à son appréciation. Mais l'*act. injur.* n'appartenait point aux *actiones arbitrariae;* dans la forme, le juge ne pouvait prononcer qu'une *comdemnatio* en argent, et non rendre une sentence interlocutoire. Admettons un instant que cette restriction de forme fût décisive pour la manière dont le juge avait à règler, dans le cas ci-dessus, le litige. Ou bien le juge aurait dû alors se restreindre uniquement au point de vue de l'injure c.-à-d. accorder au demandeur, pour l'atteinte injuste à son droit, un équivalent en argent, mais le renvoyer, quant à l'obtention réelle de la chose, à une autre action : l'*actio ad exhibendum*, ce qui ne se concilie guère avec notre texte (*ad exhibendum* VEL INJURIARUM) ; ou bien, il aurait dû étendre sa mission d'estimation de l'injure même à la valeur pécuniaire de la chose. Or, c'était là, du même coup, accorder indirectement au vendeur le droit de garder la chose, et s'engager à le garantir contre la *reivindicatio* que le demandeur, en sa qualité de propriétaire, pouvait toujours intenter contre le vendeur ou contre ses successeurs. Cette hypothèse me paraît aussi inadmissible que la première, et j'en arrive à cette conclusion que l'action d'injure procurait, en pratique, au demandeur, le même résultat que l'*act. ad exhibendum*. Mais comment cette procédure était-elle possible? Elle n'aurait pu aboutir à ce résultat s'il est vrai que dans toutes les actions qui n'appartenaient pas à la classe des *actiones arbitrariae*, le juge romain ne pouvait, durant le procès, faire une injonction aux parties litigantes. Mais les Romains étaient trop sensés pour lier ainsi les mains au juge; même dans les *actiones stricti juris*, il avait des pouvoirs plus étendus. Il pouvait y rendre les jugements interlocutoires qui étaient commandés par l'intérêt de l'expédition convenable de la

cause, p. ex. ordonner de fournir caution ([65]). MARCELLUS, dans la L. 38 pr. Mandati (**17**.1), désigne une question de ce genre, qui était à vider par le juge au cours du procès, comme *earum specierum judicialis quaestio*, PER QUAM RES EXPEDITUR. Cette dernière expression se retrouve aussi ailleurs (tantôt appliquée au juge, p. ex. dans la L. 5 pr. de V. O. [**45**.1] : *si aliter res expediri non potest*, tantôt appliquée au magistrat, p. ex. dans la L. 1 de auct. [**26**.8]; L. 9 § 3 de off. Proc. [**1**.16] : *de plano expedire*). Ailleurs encore, elle est, dans les deux acceptions ci-dessus, remplacée par *explicari* (p. ex. appliquée au *judex*, dans la L. 16 § 3 de pign. (**20**.1) : *solet cautionibus res explicari*, et appliquée au magistrat, dans la L. 2 de jurisd. (**2**.1). Pour toutes ces ordonnances prononcées EXPEDIENDAE OU EXPLICANDAE REI CAUSA, le juge, tout en n'ayant aucun droit de contrainte directe, possédait néanmoins un moyen très-efficace de faire obéir à son ordre. Il n'avait qu'à menacer le défendeur, en cas de résistance prolongée, d'une condamnation éventuelle tellement forte que c'eût été folie de s'obstiner davantage.

Le juge pouvait appliquer ce moyen sans lequel les ordonnances incidentes eussent été purement illusoires, au cas de l'action d'injure, puisque la fixation du montant de la condamnation était ici abandonnée à son entière appréciation. Il pouvait de cette manière forcer le défendeur à obeir à ses ordres, p. ex., dans le cas de la L. 25 cit., à souffrir l'enlèvement de la chose, dans le cas de la L. 15 § 31 et L. 20 de injur., à renoncer à la saisie pratiquée de sa propre autorité — sauf à condamner ensuite, comme dans tout autre cas, le défendeur à la satisfaction personnelle qui lui semblait convenir du chef de la lésion

---

([65]) Exemples dans L. 5 § 2. 3. de cond. c. d. (**12**. 4) (*Condictio causa data causa non secuta*). L. 47 § 2 de leg. I. (**30**) (*actio legati*), L. 7 in f. de ann. leg. (**33**, 1) *sed* INTERVENTU *judicis haec omnia... debent ad effectum produci*. L. 44 de man. (**40**. 4) OFFICIO *tamen judicis esse compellendos testatricis jussioni parere*.

juridique commise. Bref, à côté de son effet de *satisfaction* l'action produisait aussi un effet de *restitution*.

A ces deux fonctions se joignait en outre, le cas échéant, p. ex, dans les atteintes aux rapports de voisinage, un effet de *prohibition* par rapport à la répétition de l'acte dans l'avenir. La forme de procédure pour faire respecter dans l'avenir une défense judiciaire, consistait, comme on le sait, dans la condamnation à fournir caution. La partie condamnée promettait une peine pécuniaire pour tout cas de contravention. Possible dans toutes les actions : *in rem, bonae fidei* et *stricti juris,* elle l'était également dans les actions de délit, et par conséquent aussi dans l'*act. injur.* La preuve en est dans la L. 27 § 14 ad leg. Aq. (9.2) où une caution est appliquée à l'occasion de l'*act. in factum* qui remplace l'*actio legis Aquiliae.*

Concluons. L'*act. injur.* donnait au juge le moyen de satisfaire, dans toute leur étendue, les exigences du sentiment juridique au regard de la lésion injurieuse : *satisfaction pour la lésion personnelle — rétablissement de l'état de fait correspondant au droit du demandeur — garantie contre le renouvellement dans l'avenir des atteintes au droit.*

Qu'est devenue cette action dans notre droit actuel ? A-t-elle été abolie par les dispositions du Code pénal allemand, dans le chap. XIV sur l'injure (§ 185-200)? Tel est l'avis de plusieurs auteurs(66), mais je ne puis le partager. A mon sens, la loi n'a en vue que l'injure abstraite comme je l'ai nommée plus haut (p. 9), et nullement l'injure concrète. Elle ne parle que d'injure (*beleidigung*), et ce terme ne comprend point les lésions injurieuses dans le sens ci-

(66) V. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II § 472, MANDRY, *Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze*, p. 476 ss., WÄCHTER qui ne traite plus de la matière dans ses Pandectes, les éditeurs de ARNDTS *Pandekten* 11e édit. : PFAFF et HOFMANN, § 339 « Le code pénal passe ces « actions sous silence, et par cela même il les a abolies. » BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* 2e édit. T. II 1e partie § 338. BARON, *Pandekten* 3e édit. § 321.

dessus, c.-à-d. les atteintes à la sphère juridique concrète d'autrui, lesquelles réclament chez nous la même protection *civile* que chez les Romains.

L'erreur provient de ce que l'on attribue, à tort, la fonction de l'action d'injure à d'autres actions qui, sainement considérées, n'ont rien de commun avec elle. J'entends par là l'*act. negatoria* et l'*interdictum uti possidetis*, au moyen desquels, d'après la théorie courante (p. 36 et 65), on peut repousser toute espèce d'atteintes à la possession et à la propriété des choses immobilières. Il semble au premier abord que, pour les deux actions dont il s'agit, la jurisprudence moderne n'a fait qu'imiter la jurisprudence romaine qui a étendu la fonction de l'action d'injure à l'action contractuelle (p. 53). Mais cette apparence est fausse. L'action du contrat comprend, *en principe*, toute injustice quelconque commise dans le rapport contractuel. On ne peut en dire autant, en matière de propriété, de la *reivindicatio* et de l'*actio negatoria*. La première n'est à sa place que là où la propriété est contestée, ou bien là où on lui oppose un *droit* (réel ou obligatoire) du défendeur. Lorsqu'aucune de ces hypothèses ne se présente, donc, dans le cas d'une rétention outrageante (L. 25 de act. emti 19.1), où un litige sur le droit du demandeur ou du défendeur est absolument inadmissible, aucun juriste romain n'aurait eu l'idée d'employer la *reivindicatio* en vue de forcer à la restitution de la chose. Il en est, à tous égards, de même de l'*act. negatoria*, là où nul *jus mihi esse* n'était prétendu de la part du défendeur, ou ne pouvait même l'être d'après la nature de l'acte (p. 37), et de l'*interd. uti possidetis*, là où le défendeur était bien éloigné de prétendre posséder lui-même. Bref, les actions dont il s'agit, prévoient, non pas une simple *lésion* du droit du demandeur, mais une *contestation* de ce droit. Celle-ci était la condition sine quâ non de l'introduction de l'instance judiciaire.

Bien que notre jurisprudence actuelle se soit notable-

ment écartée du droit romain en étendant ces actions, je n'ai rien à objecter contre cette extension comme telle, pourvu que l'on reconnaisse ouvertement et franchement que notre jurisprudence s'est ici, comme en tant d'autres points, affranchie du droit romain. Si, dans cette direction, l'action d'injure peut sans inconvénient être abandonnée chez nous, puisqu'elle se trouve remplacée de la manière indiquée, il lui reste encore un champ d'application tellement vaste que son abolition par notre code pénal, s'il fallait réellement l'admettre, serait la cause d'une lacune vraiment intolérable dans notre droit. Si l'on y avait songé, l'on n'aurait pas sacrifié si légèrement l'*act. injur.* Plusieurs des cas d'application que j'ai cités plus haut sont de si minime importance que l'idée ne viendrait à personne d'en faire l'objet d'un procès. Ils appartiennent, en réalité, aux exemples de ma : *Jurisprudence de la vie quotidienne* c.-à-d. aux cas qui, malgré l'importance de leur utilité didactique, ne font que très-rarement l'objet d'une décision judiciaire(67). Mais le droit doit, même dans ces cas, rendre *juridiquement possible* l'intentement d'une action. Au surplus, à ces cas viennent s'en joindre d'autres où la nécessité d'une protection ne sera pas contestée même par ceux qui y attachent le moins d'importance pour les premiers. Cette étude nous en a déjà fait connaître plus d'un. La suite en ajoutera une série d'autres qui sont, pour la plupart, liés à des états de choses et à des rapports de notre vie actuelle inconnus aux Romains. Notre jurisprudence actuelle ne peut se soustraire à la mission de les résoudre, et on verra que notre théorie de l'*actio injur.* lui en donne le moyen.

Je rattache l'examen de ces cas à quatre rapports du droit romain, dans lesquels nous avons rencontré, jusqu'ici, l'action d'injure : l'*usus publicus* (VIII), *les rapports de voisinage* (XI), *la propriété* (X) et l'*obligation* (IX).

---

(67) V. à cet égard la préface de JHERING *Jurisprudenz des täglischen Lebens* 5e édit. Jena 1883.

VIII. L'*usus publicus*.

Le domaine de l'*usus publicus*, et avec lui la possibilité de commettre une lésion injurieuse en mettant obstacle à cet *usus*, ont été, dans notre droit actuel, considérablement étendus par une foule d'institutions. Nous avons des institutions, inconnues aux Romains, dont l'usage *gratuit* ou *non-gratuit* est aussi libre pour chacun que l'était à Rome celui des *res publicae*.

A la première catégorie, appartiennent les collections publiques: galeries de tableaux, musées, bibliothèques, qui *en vertu de leur fondation*, doivent être accessibles à tous, sur lesquels il existe donc, *en droit*, et non pas seulement *en fait*, un *usus publicus*. Le fait de renvoyer une personne déterminée, qui ne serait point fondé sur des motifs de décence publique, tels que l'ivresse, rentrerait dans la notion de la lésion injurieuse que les Romains appliquent aux cas de: *arcere in campo publico ludere vel in publico balineo aut in theatro spectare* (L. 2 § 9 ne quid in l. publ. **43**.8). De même, le renvoi non justifié d'un électeur, de l'urne électorale, pourrait être poursuivi *civilement* au moyen de l'*act. injur.*, comme une mésestime outrageante d'un *jus publicum*. Au *droit* à l'*usus publicus*, est opposé le rapport du pur *état de fait* tel qu'il se rencontre dans des collections appartenant à des particuliers, ou dans des jardins, parcs etc. ouverts au public. Le renvoi d'un individu ne contient ici aucune lésion *injurieuse*, puisque le *droit* à l'usage fait défaut.

La seconde catégorie, c.-à-d. celle des institutions mises à la disposition du public moyennant paiement, comprend les entreprises publiques de transport et de communication : chemins de fer, bateaux à vapeur, postes, tramways, télégraphes, téléphones. Pour répondre à la question de savoir si, ici, le renvoi arbitraire d'une personne, c.-à-d. son renvoi non justifié par des considérations de convenance, donne lieu à l'action d'injure, il faut faire la même distinction que

dans le rapport indiqué ci-dessus, et se demander si l'usage public doit être envisagé comme constituant un droit ou comme n'étant qu'un simple fait. La difficulté est plus sérieuse que dans le cas précédent. L'acte de fondation ou les statuts, en ce qui concerne les collections publiques, la propriété privée, en ce qui concerne les collections particulières offrent un point d'appui suffisant. Ici, au contraire, tout point d'appui fait le plus souvent défaut. Il est à peine besoin de dire que je ne puis traiter, sous ce rapport, la question à fond. Elle appartient à celles qui franchissent les limites du droit et de la jurisprudence d'un pays déterminé et ne peuvent être traitées avec succès que sur le terrain de la législation et de la jurisprudence de tous les pays. Elle a été récemment soulevée et traitée d'un manière remarquable, au point de vue spécial du droit des particuliers de faire usage des téléphones publics, par MEILI, *Das Telephonrecht* Leipzig 1885 p. 152-157. Juridiquement, elle se résume en cette question : Y a-t-il, pour ces institutions publiques, *obligation légale* de contracter? Quant à l'usage des télégraphes, cette obligation légale a déja été législativement reconnue dans la plupart des pays[68], et spécialement pour l'empire allemand, par l'ordonnance des télégraphes du 13 août 1880 I : « L'usage des télégraphes destinés à l'usage public appartient à tous. » Quant à l'usage des postes et chemins de fer, diverses voix se sont fait entendre chez nous dans le sens de la contrainte[69]. Par rapport au transport des marchandises par chemin de fer, elle a été expressément consacrée par le code de commerce alle-

---

[68] MEILI p. 156. 157 : France, Angleterre, Hollande, Suisse, Russie.

[69] V. les noms cités par MEILI p. 153. Je considère l'idée mentionnée par lui d'un avant-contrat tacite avec le public tout entier, comme n'étant ni nécessaire, ni exacte. On pourrait au même titre, pour le droit d'expropriation de l'État, recourir à un *pactum de vendendo*, liant tous les sujets de l'État. L'obligation légalement établie pour un certain rapport ou pour une certaine classe de personnes, p. ex. les pharmaciens, suffit amplement pour baser juridiquement l'action de quiconque veut faire valoir cette obligation.

mand, art. 422. On peut prévoir que bientôt l'obligation de contracter sera légalement reconnue dans tous les pays, pour toutes les institutions de ce genre, appartenant à l'État ou concédées par lui. Cette obligation forme le corollaire du monopole qui leur est accordé([69a]). Sans l'établissement de cette contrainte, l'auteur cité le remarque avec raison (p. 161), la destination publique d'une pareille institution serait rendue complétement illusoire. Aussi cet auteur a-t-il pleinement raison de dire (p. 163) : « Chacun « a un droit individuel, donc un droit privé à l'accom- « plissement des obligations incombant aux institutions « publiques. » A ces institutions, qui, dans l'état actuel des relations, sont, quant à leur caractère indispensable, sur la même ligne que les *res publicae* des Romains, s'applique également le principe établi pour ces dernières par les juristes romains. Elles sont soumises à un *usus publicus juridiquement* protégé. De là résulte l'applicabilité, et, en même temps, l'absolue nécessité de l'*act. injur.* conformément à la L. 13 § 7 *de injur.* dans le cas où, sans motif, on refuse l'usage de ces institutions.

Ceci ne préjudicie en rien au droit du pouvoir de soumettre l'usage de ces institutions à certaines restrictions,

---

([69a]) [La plupart des États de l'Europe se sont réservé le monopole du téléphone. Un des motifs invoqués en Belgique, a été que les compagnies privées, obéissant à des influences de concurrents ou d'adversaires, pourraient être tentées de refuser arbitrairement leur concours à certains particuliers, et qu'il est nécessaire de faire profiter le premier venu des réseaux téléphoniques, à l'aide de bureaux accessibles au public. (V. BRUNARD, De la téléphonie Brux. et Paris (1884) p. 37). La loi belge est du 11 juin 1883, et le cahier des charges qui y est annexé oblige formellement les concessionnaires à ouvrir des bureaux *publics* (art. 7), et à raccorder au réseau *toute personne* établie dans le périmètre de la concession (art. 8). Il s'est élevé un doute sur la valeur législative de ce document, qui n'a été ni sanctionné ni promulgué dans la forme prescrite par la Constitution. (BRUNARD l. c. p. 77). Mais la mention formelle de ce cahier des charges dans le texte même de la loi à laquelle il est annexé, doit, à mon avis, lui assurer la valeur législative que les auteurs de la loi ont eu l'intention de lui donner d'après les déclarations expresses faites par le Gouvernement, au cours de la discussion.]

dans l'intérêt général. S'il est en droit de barrer les rues en temps d'émeute, d'incendie, de guerre, ou d'interrompre la navigation en cas d'inondations, il a un droit semblable par rapport aux institutions de transport ou de communication. A en juger par la récente expérience de la bourse de Berlin, où des personnes entrées sans droit ont fait abus du téléphone, la question de savoir si l'État a raison de reconnaître le droit absolu de se servir des institutions téléphoniques, pourrait bien ne pas être mûre. Il faudra à ce moyen de communication si nouveau, de longues expériences encore, avant qu'on puisse fixer les principes auxquels son usage doit être soumis. Je concède à MEILI qui, dans son écrit, soutient la thèse de ce droit absolu, qu'écarter par pure chicane une personne déterminée heurte l'idée même de l'institution. Mais il pourrait, d'autre part, difficilement se refuser à admettre les restrictions nécessaires pour prévenir les dangers que cette institution peut entraîner après elle. Or ces restrictions, nous ne sommes pas à même de les connaître toutes aujourd'hui. Tant que cette période d'essai n'est pas écoulée, on fera bien de ne pas gêner l'administration par des dispositions légales et de ne pas lui dénier le droit de résiliation vis à vis d'abonnés déterminés.

A côté de ces institutions publiques, s'en trouvent une grande masse d'autres dans lesquelles l'usage public n'a qu'un pur caractère de fait et pour lesquelles nul ne peut, partant, se prévaloir d'un droit. La poste, le chemin de fer, l'entreprise de tramways ne peuvent refuser aucun passager sans motif fondé. L'hôtelier, au contraire, qui envoie un omnibus à la gare, le peut. La vérité est que le désir de contracter exprimé d'une manière publique, soit tacitement, soit expressément, n'engendre encore aucune obligation de conclure le contrat. Le marchand, l'artisan, l'hôtelier qui mettent leurs services à la disposition du public peuvent se refuser à contracter avec une personne déterminée, car ils ont fait leurs annonces dans leur seul

intérêt. Les institutions dont nous parlons sont destinées à servir non-seulement l'intérêt des entrepreneurs, mais encore celui du public. Pour elles, il n'existe pas seulement un *droit*, mais un *devoir* de faire leur exploitation, aucune ne peut la cesser à son gré. Le marchand, l'artisan, au contraire, peuvent fermer boutique, l'hôtelier peut laisser son omnibus chez lui. Il n'importe que l'exercice de maintes professions exige une concession de police, pourvu que cette concession n'impose pas en même temps, un *devoir*, comme c'est le cas p. ex. pour le passage des rivières, pour les pharmacies, pour les hôtelleries établies dans les cols solitaires des Alpes suisses. Ici le renvoi d'un voyageur qui demande l'hospitalité, d'une personne ou d'une voiture qui veulent passer la rivière, d'un client qui apporte une ordonnance, produirait, en dehors des conséquences pénales, la conséquence de droit privé de l'*act. inj.* Ce point n'est pas sans importance pour la victime du refus, car c'est pour elle la seule manière d'obtenir une réparation du chef des fatigues et des peines endurées ainsi que des retards subis. La peine de police prononcée ne lui profite guère. Abstraction faite de ce devoir de contracter, expressément imposé lors de la concession, il n'y a pas lieu d'admettre une obligation légale de contracter.

Ce que je viens de dire du caractère non-obligatoire des appels faits au public, s'applique aussi aux sociétés publiques qui font appel à tout le monde, même lorsqu'aucune restriction relative aux qualités de ceux qui peuvent être reçus, ne se trouve insérée dans l'annonce. Si l'idée que l'on se fait, dans la vie ordinaire, d'une pareille exclusion devait donner la mesure de l'appréciation juridique, il faudrait y voir une injure. Mais alors on devrait voir des injures dans un très-grand nombre de cas, p. ex. celui où quelqu'un se présente dans une société privée et échoue au ballottage, celui où l'on ne présente pas à quelqu'un la liste de souscription à un bal. Même l'omission d'inviter

quelqu'un à une réunion privée peut, selon les circonstances, impliquer un affront qui le déconsidère aux yeux du public. Contre de pareilles lésions d'honneur purement *sociales,* le droit ne doit et ne peut donner de secours, il ne peut se laisser guider que par la considération que l'exclusion a lésé une prétention de nature *juridique.* Tant que l'on n'admettra pas que des invitations publiques à s'associer engendrent le devoir d'accueillir le premier venu, il ne pourra être question ni d'un droit, ni, partant, d'une action d'injure du chef de lésion d'un droit.

La question qui nous occupe a fait, tout récemment l'objet d'un débat dans la presse, à propos d'entreprises théâtrales. Un journaliste chargé de rendre compte des représentations d'un des théâtres de Berlin, avait par ses appréciations critiques excité le mécontentement de la direction. Il se vit refuser un billet par l'employé et fut, en même temps, prévenu que la direction avait fait défense de lui en délivrer à l'avenir([69b]). Il va de soi que cette mesure n'atteignit pas son but, car le journaliste fit prendre un billet par une autre personne. Mais alors le personnel de service l'empêcha d'entrer au théâtre. Le fait fut relaté dans le journal qui publiait son compte-rendu, et l'on partit de là pour engager les juristes à émettre leur avis sur la question de droit. J'examinerai, à l'occasion de la lésion injurieuse dans les rapports d'obligation (n° XI), si la direction était en droit de l'empêcher d'entrer avec un billet qu'un autre avait acheté pour lui. Il ne s'agit, pour le moment, que de savoir si elle avait le droit de lui refuser le billet qu'il demandait. On doit, à mon avis, dire qu'oui. La circonstance que sur les affiches des théâtres, les billets sont offerts en vente sans restriction, ne crée pas plus une obligation, que l'annonce publique du marchand ou de l'artisan qui offre ses marchandises ou ses services. La con-

---

([69b]) [Une espèce identique s'est présentée en France en 1837 V. plus loin].

cession accordée à l'entreprise théâtrale est elle-même sans influence à cet égard, ainsi que nous venons de le voir. Elle ne pourrait en avoir une que dans le cas où pareille obligation y aurait été expressément imposée, ce qui n'arrivera point et serait très-déraisonnable. On aurait beau vanter la valeur moralisatrice des théâtres et y voir des institutions nationales d'éducation de premier ordre, l'intérêt propre de l'entreprise est une garantie suffisante que les entrepreneurs tiendront cette source d'éducation à la disposition de tous ceux qui voudront s'en servir. Imposer ici une *obligation* dans le genre de celle qui incombe aux entreprises de transport privées (chemins de fer, bateaux à vapeur, tramways ou messageries), soit en vue de l'exploitation régulière, soit en vue des contrats avec le public, serait aller à l'encontre du but au lieu de s'en rapprocher. Ces entreprises sont d'autant plus florissantes qu'elles jouissent d'une plus grande somme de liberté.

Ce que je dis des théâtres, est vrai de toutes les représentations publiques : concerts, conférences etc., peu importe qu'elles soient organisées par des particuliers ou par des sociétés. Nul n'a droit à l'achat d'un billet; partant le refus d'un billet ne peut constituer une injure. L'idée d'un droit, et partant de l'*actio injur.* du chef de la dénégation non justifiée de ce droit, s'applique, au contraire, à d'autres rapports modernes, savoir aux corporations et aux fondations, en ce qui concerne les droits appartenant aux individus (destinataires, bénéficiaires), en vertu des statuts ou des actes de fondation. Toutes les choses qui, *aux termes des statuts*, sont destinées à l'usage des membres des sociétés scientifiques, artistiques ou d'agrément : local des réunions, journaux, bibliothèques, se trouvent juridiquement sur la même ligne que les *res publicae* des Romains. Dans ce cercle étroit des membres de la société, elles constituent des *res publico usui destinatae;* et ce rapport de destination n'est pas de pur *fait,* mais de nature *juridique.* Chacun a un *droit* statutaire à leur usage; chacun, dès lors, doit

jouir aussi d'une *action* dans le cas d'entrave à cet usage. Quelle est cette action? Dans mon *Esprit du droit romain* (Ed. fr. IV p. 343 note 525), m'attachant à l'identité matérielle, d'ailleurs indéniable, du rapport juridique, j'avais invoqué l'analogie que présente l'*actio popularis* des Romains, mais cette dernière action ne convient point. Elle ne s'applique qu'à des entreprises *de fait* exécutées d'autorité privée sur des *res publicae* et entravant l'*usus publicus*. Elle ne peut tendre qu'à faire défendre ces entreprises ou à les faire échouer par ordre du juge (*interd. prohibitoria* et *restitutoria*). Elle ne trouve aucune application au cas d'empêchement *personnel* de l'usage d'un *jus publicum*. Pour ce cas, les juristes romains renvoient exclusivement à l'*act. injur*. C'est donc avec cette même fonction, que cette action devra être donnée dans le rapport ci-dessus, p. ex. si le président voulait empêcher un membre d'entrer dans le local ou d'user de la bibliothèque. Il y aurait là une atteinte outrageante au droit qui appartient à ce membre, en vertu des statuts, et cette atteinte serait de la même nature que celle qu'on portait au droit du citoyen romain quand on lui défendait d'user des *res publicae*. Dans l'ouvrage cité (p. 349), j'ai rendu le caractère de ce dernier droit, au moyen de l'expression *droit commun*, par opposition au droit *individuel*. Les droits statutaires des membres d'une société doivent être rangés sous la même notion. La position de ces membres, quant aux *res publicae* de la société, est, *en droit*, absolument la même que celle des sujets de l'État romain quant aux *res publicae*, dans le sens romain. Il ne peut, en conséquence, y avoir aucun doute que la protection juridique, dans ce rapport, ne doive être ménagée au moyen de l'*actio injuriarum*.

Dans les sociétés qui ne jouissent point de la personnalité juridique, il y aurait également lieu, en cas d'opposition à l'exercice des droits statutaires, à l'*actio injur.*, avec cette restriction, toutefois, qu'ici on devrait invoquer comme base juridique de cette action, la convention et non pas le

droit sur les *res publicae* de la société (droit exclu par cette circonstance que la propriété appartient non à la personne juridique, mais aux individus).

L'*act. injur.* peut également trouver application dans la deuxième espèce de personnes juridiques : les fondations. Cette application n'a pas seulement lieu dans le cas déjà examiné (p. 105), où elles sont *publiques* dans le sens propre, c.-à-d. affectées d'une manière absolue à l'usage général, telles que les galeries publiques de tableaux, les bibliothèques publiques etc. Elle se produit aussi dans le cas où elles sont *privées,* comme je pourrais les nommer, c.-à-d. du nombre de celles dont l'affectation statutaire pour les particuliers (bénéficiaires) exige un *acte* spécial de réception ou d'affectation, tels p. ex. que les hôpitaux, les hospices de pauvres ou d'orphelins, les fondations en faveur des veuves, les bourses d'étudiants, etc. Régulièrement, la réception ou l'affectation, bien que réglementairement organisées dans l'acte constitutif de la fondation, ne sont néanmoins que l'affaire de l'*administration*, et il n'y a aucune aide juridique contre un refus de sa part. Il ne reste qu'à réclamer auprès de l'autorité supérieure. Il se peut, toutefois, que les conditions de la réception soient si exactement réglées par l'acte de fondation (comme cela se présente dans maintes fondations de famille pour veuves, et bourses de famille pour étudiants) que d'après l'intention du fondateur, la réunion de ces conditions donnerait à la personne intéressée un *jus quaesitum.* Dans ce cas, la rétention ouvre indubitablement l'*act. injur.;* c'est un acte d'arbitraire pur et nu, une mésestime outrageante d'un droit certain. Or, c'est précisément contre de pareils actes que cette action doit protéger.

IX. Les rapports de voisinage.

Le rapport de fait qui existe entre voisins se retrouve entre habitants de la même maison. Ici aussi, ce rapport peut engendrer des troubles, des atteintes, des

empiétements de toute espèce qui peuvent au même degré empoisonner l'existence, et contre lesquels on a tout autant besoin d'être juridiquement protégé. Si les deux parties sont dans un rapport contractuel, si c'est simplement entre bailleur et locataire que s'agite la question, on peut les renvoyer à l'action du contrat. Mais si ce sont différents locataires, le rapport contractuel dans lequel ils se trouvent tous vis à vis du bailleur offre, à la vérité, un point d'appui juridique pour faire cesser, par l'intervention du bailleur, les empiétements et les troubles commis par l'un des locataires, mais cette voie est très-imparfaite. Supposons que le bailleur ne demeure pas dans la même ville, qu'il soit en voyage au loin, ou bien encore qu'il refuse de s'en mêler. Quelles lenteurs et quels retards avant que la question ne soit réglée de cette manière ! Dans l'entre-temps, l'une des parties continue tranquillement son désordre et ses troubles ; elle organise des parties de musique et des bals qui se prolongent tard dans la nuit ; l'habitant de l'étage supérieur jette de l'eau et des ordures sur le palier de l'autre étage, celui de l'étage inférieur prend sa revanche en mettant le verrou de la porte d'entrée, au lieu de la fermer simplement à clef, etc. Dans plusieurs de ces cas, lorsqu'il y a tapage nocturne, l'appel et l'intervention de la police peuvent apporter un secours et l'on doit vraiment savoir gré au magistrat de Bamberg, d'avoir tout récemment chargé le ministère public de requérir une peine contre quiconque joue du piano pendant la nuit, ce sur pied du § 360, 11 du Code pénal qui vise : « celui qui trouble le repos par un tapage inconvenant ou qui commet des désordres graves. » On en doit autant au tribunal qui s'est prononcé dans ce sens. Mais l'aide de la police est bien incertaine([70]) et bien insuffisante; dans la

---

([70]) Un cas frappant s'est présenté récemment à Vienne. V. dans l'ouvrage de VICTOR CAPELIUS, avocat à Vienne. *Erlaubte nächtliche Ruhe-*

plupart des cas, elle ne peut que renvoyer le plaignant aux voies du droit. Les voies du droit! — Quelles sont celles qui sont ouvertes au plaignant? Dans le cas indiqué à la note, où il s'agissait de l'organisation de parties de danse par le locataire de l'étage supérieur, le locataire inférieur avait intenté une action du chef de trouble à sa possession. Il fut débouté dans les trois instances, parce que, n'ayant point la possession comme locataire, les conditions de cette action n'existaient point dans son chef, et qu'il n'y a pas de *droit au repos sans trouble*, que l'on puisse faire valoir devant le *forum* du juge civil. Le résultat fut que le locataire, — l'auteur de l'écrit que j'ai cité — se vit refuser protection par toutes les autorités auxquelles il s'était adressé : trois tribunaux administratifs, trois tribunaux judiciaires et la cour administrative. Certes on ne peut le blâmer de faire à ce sujet d'amères réflexions sur l'absence de protection et le manque de droit pour les locataires. Le cas est si instructif, il fait si bien sauter aux yeux l'inconvénient auquel peut être exposé un locataire, que je ne puis me défendre de reproduire ici le tableau tracé par l'auteur[71].

---

störung. Ein Rechtsfall mitgetheilt auf grund erflossener Entscheidungen des höchsten K. K. obersten Gerichtshofes und des hohen K. K. Ministeriums des Innern. Wien. L. Rosner 1884. Dans ce cas, sur lequel je reviendrai plus en détail tout à l'heure, la direction de la police à Vienne se déclara incompétente, parce qu'il n'y avait pas moyen de trouver une infraction de police dans l'organisation de parties de danse dans des habitations particulières, et renvoya le plaignant aux voies ordinaires du chef de trouble à la possession d'une habitation. Cette décision fut maintenue dans les instances d'appel du Gouverneur et du Ministre de l'Intérieur, « eu égard aux attributions de la police ». Même le recours à la Cour I. R. administrative resta sans suite, d'après l'avis qui m'en a été donné personnellement par l'auteur. Toutes les autorités saisies sont parties de l'idée qu'il n'y avait pas de motif légal pour édicter une défense de police.

(71) L'auteur de l'écrit cité me communique, par lettre, le cas suivant : « Un conseiller de régence qui m'a fait tout exprès une visite personnelle, me raconta qu'il y a quelque temps, son fils, un enfant de 10 ans environ, qui lui donnait les plus grandes espérances, était mort, et que pendant la nuit qu'il passait, avec sa femme, au lit de mort de ce fils unique, il y

« Les trépignements et le vacarme des danseurs étaient
« tels, que, dans ma demeure, les portes et les fenêtres
« tremblaient, les lits et les tables de nuit vacillaient, les
« lustres balançaient etc. On devine que ni moi ni les mem-
« bres de ma famille nous ne pûmes fermer l'œil de la nuit,
« et comme cette terrible scène de tapage n'en finissait pas,
« je me vis obligé, vers 3 heures du matin, de m'habiller
« et de monter chez Monsieur X. pour lui enjoindre
« de mettre fin à ce tapage nocturne. » Monsieur X.
répondit que personne ne pouvait lui enlever le droit de
laisser danser dans sa maison ; il alla même jusqu'à ajouter
que prochainement il organiserait deux nouvelles parties
de danse de ce genre. Aux objections du plaignant, il se
borna à opposer son droit de locataire. A la suite de
l'exercice répété de ce droit, il se forma des crevasses dans
le plafond de l'habitation du plaignant, et celui-ci croit
qu'à raison de l'état de vétusté de la maison, il se trouve
menacé de voir tomber le plafond par suite de la fréquence
de pareilles parties de danse. L'écrit se termine en invoquant
mon *Combat pour le droit*. Lors même que la présente
dissertation ne m'eût point fourni l'occasion de traiter de
la protection juridique du locataire, cette espèce m'aurait
décidé à examiner s'il est exact de dire qu'un locataire se
trouve livré sans défense à toutes les fantaisies déraison-
nables de ses colocataires. Il y a quelques années, j'ai
publié un travail sur la théorie des restrictions de la
propriété foncière, dans l'intérêt des voisins (JAHRBÜCHER
VI, 2). Je lui donne un pendant en examinant les restric-
tions imposées à un locataire dans l'intérêt des autres
locataires. On ne peut ici parler de théorie, car pareille
théorie n'existe pas encore. Nulle part je n'en ai vu, à

---

avait, à l'étage supérieur, une bruyante partie de danse. Malgré des
prières pressantes, la musique et la danse ne cessèrent point, et ce trou-
ble, doublement sensible en de pareilles circonstances, dut être
supporté pendant toute la nuit. »

ma souvenance, la moindre trace, et ce serait vainement que pour des cas comme celui indiqué ci-dessus, un locataire chercherait quelque secours dans la doctrine. Même la jurisprudence des tribunaux allemands, pour autant qu'elle soit venue à ma connaissance, le laisse complétement dépourvu. La jurisprudence française, au contraire, qui, ici comme partout ailleurs, s'efforce de satisfaire aux besoins inéluctables de la pratique, a su résoudre la question de la façon la plus heureuse([72]).

L'auteur de l'écrit cité n'exagère donc nullement quand il dit que le locataire se trouve sans protection et sans droit. Il ne dit point si cet état de choses est dû à un défaut, à une lacune de la législation, ou à une interprétation erronée des lois existantes de la part des autorités publiques, mais il dit que dans l'un comme dans l'autre cas, il serait de l'intérêt public, et qu'il apparaît comme un devoir de l'État, de remédier à des inconvénients aussi graves,

---

([72]) V. l'article paru dans les *Juristische Blätter* de Vienne, 1884 n° 16. L'article de la revue viennoise, dont il est encore question, plus loin, à la note 76, cite quelques-uns des cas fort nombreux où la jurisprudence a eu à appliquer les art. 1719 et 1728 du code civil. Le propriétaire est obligé de faire *jouir paisiblement* le preneur pendant la durée du bail, et le preneur, de son côté, est tenu d'user de la chose louée *en bon père de famille*, et suivant la destination qui lui a été donnée. L'appréciation sainement entendue de ces deux obligations a permis de résoudre toutes les difficultés de la pratique, sans sortir de l'action du contrat. En général, le propriétaire est responsable de tous les troubles causés à la jouissance du locataire, soit par lui-même, soit par ses préposés, soit par les autres locataires. Il ne cesse d'être responsable que lorsque l'entrave à la jouissance du locataire provient d'une voie de fait commise par un *tiers* qui ne prétend aucun droit sur la chose (art. 1725). D'autre part, le locataire manque à ses obligations *vis à vis du bailleur* lorsqu'il commet des abus qui troublent la jouissance des autres locataires. La sanction de cette double obligation se trouve dans la résiliation du bail (1741) et dans les dommages-intérêts, conformément à l'art. 1142, qui dispose que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résoud en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, principe dont le code lui-même donne de nombreuses applications dans le titre du louage. Je citerai dans l'ordre où elles se présenteront quelques-unes des espèces les plus intéressantes que rapportent les recueils de jurisprudence].

soit par voie législative, soit par voie de modification de la pratique actuelle des autorités publiques (Préface p. VI). J'espère pouvoir montrer, dans les pages suivantes, comment on peut y parvenir par l'emploi judicieux des moyens que le droit romain met à notre disposition. Je me servirai, à cet effet, de la forme que j'ai coutume d'employer pour mettre à la portée du lecteur l'examen d'une déduction composée de plusieurs membres : la décomposition de ces membres en thèses séparées.

1. Comme dans les rapports de voisinage([73]), il faut, dans les rapports des locataires d'une seule et même maison, distinguer les atteintes *indirectes* et les atteintes *directes*. Par les premières, j'entends les faits que l'on exécute *à l'intérieur* de sa demeure, mais dont les *effets* se font sentir au dehors (p. ex. organisation de bals, bacchanales nocturnes, musique nocturne). Par les dernières, je désigne les faits par lesquels on empiète sur la *sphère juridique* d'autrui.

2. Les atteintes *immédiates* peuvent consister dans l'usage des choses qui appartiennent à l'un des locataires — nommons-le, pour abréger, A, et son adversaire B, — et qui se trouvent à un endroit où, de fait, l'usage en est également possible à l'autre. Le locataire de l'étage supérieur se sert du décrottoir, du paillasson, du pot à l'eau appartenant au locataire inférieur. Ce dernier intercepte les journaux destinés au locataire supérieur([74]). Nous avons montré plus haut (p. 51) que de pareilles atteintes à la *propriété* d'autrui, qui peuvent tout aussi bien être commises par d'autres personnes, donnent lieu à *l'act. injur.*

3. A ces atteintes au *droit de propriété* de A, j'oppose celles à la sphère de *l'uti* qui lui est assurée par contrat ; soit de *l'uti* qui lui appartient exclusivement, soit de celui

---

([73]) J'ai développé soigneusement cette distinction, pour cette matière, dans l'article cité, p. 107 s. Je la reprends ici.

([74]) Exemples tirés de JHERING Jurisp. de la vie quotid. III. 48. 49.

qui lui est commun avec les autres locataires. Tels sont : l'usage du palier de sa demeure, l'encombrement de l'escalier, celui de la porte d'entrée de la maison, des portes de la cave ou du grenier, par le dépôt de certains objets, le jet d'ordures sur les marches de l'escalier conduisant à son étage, le fait de l'empêcher d'ouvrir la porte de la maison à l'aide de la clef, l'entrave mise à l'usage commun de la buanderie, de la blanchisserie, de la cave, ainsi qu'une foule d'autres cas.

Si le locataire avait la possession juridique, il pourrait, d'après notre théorie actuelle de *l'interd. uti possidetis* (p. 65), repousser ces atteintes à l'aide de cet interdit, comme troubles à sa possession, dont extérieurement elles réunissent toutes les conditions. Mais comme il est simple détenteur, ce moyen de droit ne lui appartient point. Aucune autre action n'est mise à sa disposition par notre théorie, et il se trouve ainsi privé de protection directe contre les atteintes à sa détention ; il n'a d'autre ressource que de s'adresser au bailleur.

4. Celui qui admet ce manque de protection du locataire vis à vis des tiers, part de l'idée que le rapport contractuel n'engendre d'effets qu'entre les contractants et n'est point protégé vis à vis des tiers. Mais cette idée est erronée. Le droit romain va jusqu'à reconnaître une protection juridique contre les tiers, au simple créancier, à raison de son seul *intérêt*. Il donne p. ex. au fermier l'*actio furti* contre celui qui a volé des fruits non encore récoltés. L. 26 § 1 de furtis (**47**. 2)... *acturum furti, quia ut primum decerptus esset, ejus esse coepisset.* Il donne, de même, à l'acheteur de la chose, l'*actio de dolo* contre celui qui l'a détruite. L. 18 § 5 de dolo (**4**. 3)... *quia tu (venditor) a me liberatus sis, ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur.* Il accorde aux créanciers l'*actio Pauliana* en cas d'une *alienatio in fraudem creditorum.* Il accorde au fermier, du chef de son intérêt, l'*int. quod vi aut clam* (p. 58), même dans le cas : *si mihi concesseris, ut ex fundo*

tuo arbores caedam, deinde eas alius vi aut clam caeciderit... quia ego sim CUJUS INTEREST (L. 13 § 4 quod vi **43**.24). L'idée que la protection juridique contre des tiers est restreinte à la propriété, aux *jura in re*, et à la possession juridique est, à la vérité, exacte pour le droit romain ancien, mais elle ne l'est point pour le droit romain nouveau. Ce droit a admis l'*intérêt* comme un autre *motif* de protection, et du chef de l'intérêt, il accorde, au moyen de diverses actions, protection contre les *tiers* à celui qui, d'après la nature de son droit, ne jouit que d'une protection *relative*. C'est un des progrès les plus remarquables que l'on ait à signaler, en général, pour le droit romain. S'il ne saute pas aux yeux comme tant d'autres, c'est qu'il s'est accompli d'une manière imperceptible et que les juristes romains eux-mêmes n'en ont pas eu conscience. Il se rattache à ces progrès qui ne sont pas dus au changement mécanique soudain du droit, par voie de législation, mais à une révolution interne insensible, causée par le changement des idées et des besoins. De tels progrès témoignent de la force latente mais toujours agissante de la vie, et échappent d'ordinaire à ceux qui sont dans le courant du mouvement et le servent eux-mêmes. C'est un pendant de la métamorphose opérée dans le même sens pour l'*act. injur.* (p. 2). Certes, la protection contre les tiers accordée au simple créancier aurait paru, aux yeux de la jurisprudence ancienne, heurter les principes les plus élémentaires du droit. Elle ne connaissait cette protection que sous la forme d'une *in rem actio*, dans le droit des choses, de la famille et de la succession. Mais la vie est plus puissante que les notions juridiques. Si le lit dans lequel elle se voit serrée par ces notions, devient trop étroit, elle rompt les digues, et laisse à la jurisprudence le soin de s'accommoder du changement. Ni la jurisprudence romaine, ni la jurisprudence actuelle ne se sont occupées du changement dont nous parlons. L'une et l'autre se sont bornées à mentionner les cas particuliers d'application, sans faire, en

principe, ressortir la violente révolution interne du droit qui s'est accomplie en eux. C'est ainsi que nous sommes, aujourd'hui encore, régis par l'antique règle traditionnelle des Romains que le simple créancier est sans protection contre les tiers, alors cependant qu'en fait, le droit nouveau s'est affranchi de cette règle.

Dans cette voie de la protection relative, élargie jusqu'à devenir absolue, plusieurs droits modernes ont, comme on sait, fait un grand pas, en accordant, même au locataire, la protection possessoire; ce qui est, à mes yeux, une idée absolument saine. Si les Romains n'ont pas eu scrupule d'accorder la protection possessoire au *conductor* d'un *locus publicus*, aux créanciers envoyés en possession etc., bien qu'ils n'eussent que la simple détention, je ne vois pas pourquoi nous n'en ferions pas autant pour le *conductor* d'un *locus privatus*. Devons-nous être plus romains que les Romains? Si la théorie veut avoir ses apaisements, dans l'intérêt du maintien de la règle que sans possession il n'y a point de protection possessoire, elle peut atteindre ce but en agissant comme les Romains l'ont fait pour l'*usus fructus* et la *superficies*, c'est-à-dire en admettant une possession juridique *ex lege locationis sive conductionis* (L. 1 pr. de superf, 43-18).

5. D'après la théorie développée plus haut (n° VI) de la protection juridique de la détention, la circonstance que le droit romain refuse la possession juridique au locataire, n'exclut nullement la protection du locataire contre les atteintes à son droit de détention.

Partout où les conditions de l'*interd. quod vi aut clam* existent, il peut se servir de ce moyen; dans les autres cas, il a l'*act. injur.*, s'il s'agit d'atteintes à *la sphère juridique qui lui est assurée par contrat.*

6. Jusqu'où s'étend cette sphère? Je ne pose la question (qui régulièrement peut être résolue, sans difficulté, par les règles du contrat de louage), que pour y attacher négativement la remarque que le droit du locataire ne s'étend pas *à l'extérieur* de la maison.

Le locataire de l'étage inférieur n'a pas le droit de s'opposer à ce que le photographe qui habite l'étage supérieur suspende, avec l'autorisation du propriétaire, ses cadres d'exposition au mur extérieur de l'étage inférieur. L'*uti* qui lui est contractuellement assuré se trouve limité à l'habitation intérieure. Le droit de disposer de la surface extérieure qui y correspond, appartient exclusivement au bailleur. Sans la permission du bailleur, aucun des locataires ne peut attacher des appareils de quelque nature qu'ils soient au mur extérieur, p. ex. des enseignes, des écriteaux. L'apposition d'affiches et l'indication, en lettres peintes, de sa firme commerciale peuvent même lui être défendues. Pareilles choses doivent avoir été stipulées lors de la conclusion du contrat. Si l'on accordait au locataire le droit de disposer de la partie du mur extérieur correspondante à son étage, il pourrait empêcher le bailleur de faire recrépir ou repeindre la maison (ce qui constituerait une entrave injustifiable au droit de propriété), et il pourrait, de son côté, donner au mur extérieur de son étage une couleur autre que celle du reste de la maison. On ne peut défendre au locataire de pendre des objets par la fenêtre, p. ex. des draps, des tapis, des drapeaux en temps de fête; il n'y a là aucun acte de disposition exercé sur le mur extérieur. Sinon, on pourrait, en fin de compte, lui interdire de se pencher hors de la fenêtre et de mettre sur l'appui de celle-ci des pots de fleurs. C'est la mission de la police de surveiller ces actes, quand ils sont prohibés par elle, p. ex. le fait de pendre des draps de lit, du linge à sécher. Pour ce qui est de l'entrave qu'ils mettent à l'*uti* de l'habitation d'un autre locataire, p. ex. lorsque les drapeaux ou les tapis qu'on laisse pendre de l'étage supérieur nuisent au jour de sa demeure, ce locataire peut s'y opposer, d'après les principes que nous venons d'établir. C'est dans cette catégorie qu'il faut ranger le cas cité par BRUNS (*Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar 1874 p. 72), où un lierre placé

sur son balcon, par le locataire de l'étage supérieur avait poussé de façon à couvrir l'enseigne placée, avec l'autorisation du propriétaire, par le marchand habitant l'étage inférieur. Ce dernier avait intenté une action du chef de trouble à sa possession. Il en fut débouté par le juge de Berlin, par le motif que « le lierre n'avait été planté ni violemment ni clandestinement. » Je n'aurais pas hésité, quant à moi, à accueillir l'action, car il y avait ici, à toute évidence, un empiétement sur la sphère juridique du demandeur.

[Il a été jugé, en Belgique comme en France, que le négociant locataire d'un appartement est en même temps locataire de la partie de façade correspondant à sa location. Il en résulte que le propriétaire qui fait peindre des enseignes sur cette partie de façade cause un trouble dont il doit réparation (Juge de P. Bruxelles 29 sept. 1855 Belg. jud. 1856. p. 1466); il en résulte également que le locataire d'une partie de maison peut inscrire sur le devant de la maison son nom et sa profession ou ceux de ses enfants habitant avec lui, pourvu que cette insertion soit faite d'une manière convenable, sans dégradation pour l'immeuble. (Trib. Brux. 24 janv. 1864 B. J. 1864 p. 699). Un arrêt de la Cour Imp. de Pau du 5 fév. 1858 (Pas. fr. 1859. 2. 348 et Dall. pér. 58. 2. 135) a statué sur un conflit entre deux locataires au sujet d'une enseigne. Partant du principe que sauf convention contraire, le locataire d'un appartement est censé locataire de la partie extérieure de la façade qui correspond à l'appartement loué, depuis le niveau du plancher jusqu'à la hauteur du plafond, il a repoussé l'action en dommages-intérêts intentée par un locataire dont l'enseigne allait jusqu'à l'accoudoir des fenêtres du locataire supérieur. Ce dernier avait suspendu à cet accoudoir des objets de son commerce qui couvraient en partie les lettres de l'enseigne, et il fut jugé qu'il n'avait fait qu'user de son droit légitime. Au surplus, il a toujours été reconnu que les limites du droit de poser des enseignes ne peuvent être déterminées d'une manière absolue, et que les tribunaux doivent s'attacher à concilier les besoins et les droits de chaque locataire en tenant compte de la nature et du besoin de leurs industries, de l'importance de la location, de la tenue de la maison, des usages

locaux (V. Goujet et Merger Dict. de dr. com. V° Enseigne n° 24 et Cass. fr. 23 juin 1868, Pas. fr. 1869 p. 32)]

7. En combinant la protection juridique garantie au locataire par l'*interd. quod vi aut clam* et par l'*act. injur.* nous pouvons dire : le droit romain entendu sainement, c.-à-d. dans ses conséquences, assure au locataire une protection contre toute atteinte, émanée du propriétaire ou des autres locataires de la maison, qui empêche l'usage des espaces auxquels le contrat lui donne un droit exclusif ou commun. Je désignerai ces atteintes sous le nom de *perturbations* et, si on ne recule point devant la fusion des principes et des noms des deux moyens, dans une expression nouvelle, je donnerai à l'action du locataire, pour la distinguer de celle du possesseur juridique du chef de troubles possessoires, le nom d'*action du chef de perturbations* (*turbationsklage*). Elle existe dans tous les cas où un des habitants de la maison se permet de léser le droit d'un autre habitant et où cette lésion se caractérise *extérieurement* comme une atteinte à l'espace que le contrat lui assure, soit exclusivement soit en commun. La circonstance que le demandeur désigne faussement cette action sous le nom d'action *possessoire* et demande protection pour sa *possession,* importe peu aux yeux du juge. Une erreur sur le nom de l'action ne peut nuire, là où le but de cette action ne saurait, au reste, être douteux.

8. Le droit d'action d'un locataire contre un autre locataire va même plus loin. Il s'étend encore à la restitution des dépenses nécessaires faites dans l'intérêt commun. La grèle a cassé les vitres de la buanderie commune, du grenier commun ou de la cave commune. Comme, aux termes du contrat, le propriétaire est dispensé de toute réparation, et que les autres locataires ne bougent point, l'un d'eux se voit forcé de faire remettre les carreaux. Au moyen de quelle action prendra-t-il son recours contre les autres locataires ? Les juristes romains ont traité cette question de restitution des dépenses faites dans un rapport de com-

munauté, sous les formes les plus diverses([75]). Ils la traitent partout comme allant de soi et comme incontestable ; le choix seul de l'action fait difficulté pour eux. Tantôt ils indiquent *l'act. comm. div.*, tantôt *l'actio pro socio*, tantôt *l'act. negot. gest.* Et cependant ces deux dernières actions ne peuvent être invoquées que de la manière la plus forcée. Vraiment, si un juriste moderne en avait fait autant, il y aurait perdu tout son crédit. Les preuves que j'ai tirées des sources, loc. cit , démontrent à l'évidence qu'il faut aussi accorder au locataire une action en restitution. J'invoque tout spécialement les L. 10 pr. Cod. de reb. auct. (**7**.72) et L. 15 § 19 Damn. inf. (**39**.2). Ce dernier texte accorde à celui qui a, en même temps que plusieurs autres, obtenu une *immissio* dans le bâtiment ruineux, par suite du refus de la *cautio damni inf.*, *l'act. communi div.* du chef des dépenses faites par lui (bien entendu avant *l'immissio ex secundo decreto*). Juridiquement, c'est bien notre cas: un rapport de communauté *extérieur* sur la même maison, combiné avec la pure *détention* et sans lien juridique entre les divers envoyés en possession. C'est, soit dit en passant, une preuve nouvelle de la protection contre les tiers dont jouissait le simple créancier (créancier de la prestation de la *cautio damni infecti* par le propriétaire).

9. Pour les atteintes *médiates*, la question est infiniment plus difficile que pour les atteintes *immédiates* traitées jusqu'ici. Je les appellerai des *molestations*. Toute habitation en commun engendre inévitablement, pour chacun des habitants, certains inconvénients auxquels il doit se résigner. La même chose se retrouve, quoiqu'à un degré moindre dans le rapport de plusieurs voisins. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, ces inconvénients peuvent atteindre un degré où ils enlèvent tout agrément à l'existence. Tout voisin, tout locataire peut, sans dépasser en rien l'espace qui lui revient, gâter complétement la vie

---

([75]) V. JHERING Jahrbücher X p. 341 s.

de l'autre. Je l'ai démontré en ce qui concerne les rapports des voisins, l. c. p. 94, et il serait inutile, au point de vue de notre sujet, d'entrer dans de plus amples détails pour les rapports des cohabitants. Dans les deux cas, l'idée d'une réalisation logique du pouvoir de libre disposition de l'ayant-droit, dans les limites de l'espace qui lui appartient, se montre également inexécutable. Les mêmes considérations pratiques qu'on tire de la nécessité de rendre possible la coexistence de plusieurs personnes, et qui, en matière de voisinage, excluent la réalisation illimitée de l'*idée de propriété* (loc. cit. p. 94-96) s'opposent aussi au *droit d'habitation* absolu, à l'idée que chaque cohabitant peut faire, à l'intérieur de l'espace qui lui appartient, tout ce qui lui plaît. Pareilles notions abstraites, poussées jusqu'aux conséquences extrêmes, sont les produits d'une logique juridique qui s'affranchit du but pratique de toutes les règles du droit. Elles n'ont aucun droit à l'existence. On ne peut admettre que celles qui permettent à la vie de subsister. Donc, dans les deux cas le champ de la liberté, dans l'espace déterminé, doit subir une restriction juridique fondée sur l'intérêt des voisins et des cohabitants. On doit établir un *modus vivendi*, qui permette d'accorder aux intérêts légitimes des deux parties la considération qui leur revient.

10. Le problème qui s'impose ici au droit ne peut être résolu par voie de simple mesure de police. Si précieuse que soit la protection de la police dans les limites de sa sphère d'action (p. ex par rapport aux troubles nocturnes du repos V. ci-dessus p. 114), elle ne peut, pourtant, à elle seule, faire face aux besoins que font naître les rapports entre locataires, pas plus qu'à ceux qui surgissent dans les rapports entre voisins (quant à ces derniers, v. l. c. p. 102, p. 121 notes 24-25). La protection de la police est à sa place, lorsqu'il s'agit de l'observation de prescriptions édictées dans l'intérêt général. Mais quand il s'agit de garantir l'intérêt d'un particulier contre un autre particu-

lier, la forme correspondante est la *protection juridique.* Même dans un cas rentrant dans la première hypothèse, on doit laisser les voies juridiques ouvertes au lésé, comme l'a fait, effectivement, le droit romain, dans la L. 2 § 29 ne quid in loc. publ. (**43**-8) : *si odore solo locus pestilentiosus fiat non esse ab re de re ea interdicto uti.* Abandonner à la police le règlement des molestations entre locataires, serait lui attribuer une branche de l'administration de la *justice,* chose étrangère à sa mission, et soulèverait des objections graves au point de vue législatif. Il faut donc une *protection juridique.*

11. Le droit lui-même a reconnu cette nécessité en matière de voisinage; il y a satisfait au moyen du *droit de voisinage.*

12. Le droit romain n'a point résolu la question pour les rapports entre locataires; il ne contient, à cet égard, aucune espèce de disposition. Et cependant il ne pouvait s'en passer. Voyons donc si nous ne pouvons y suppléer au moyen de déductions tirées des autres principes du droit romain.

13. Tout d'abord s'offre comme point d'appui la prohibition de la *chicane,* qui trouve précisément dans ces rapports un terrain si favorable pour se manifester. Mais ce point de vue est bien trop restreint pour procurer une aide suffisante. Le musicien qui passe la nuit à faire des exercices de musique, le locataire qui donne des bals de nuit et organise des orgies nocturnes, le chimiste qui, par ses analyses, empeste l'air de la maison, n'agissent point par chicane, mais par des motifs tirés de leur propre intérêt. Comme le droit de voisinage, le droit d'habitation ne peut être réglé d'une manière satisfaisante au moyen d'une simple prohibition de la chicane.

14. Le droit de voisinage offre un autre appui qui constitue le point de vue véritable. Dans le rapport entre plusieurs habitants d'une maison, il s'agit exactement du même problème législatif, que dans le rapport entre plu-

sieurs voisins : *rendre possible à toutes les parties une existence supportable.* Le point de vue qui renferme la solution du problème, est celui de *l'existence civile ordinaire;* ce que celle-ci comporte doit être supporté, ce qui dépasse cette limite, point. J'ai cherché dans l'article cité (p. 115) à établir ce point de vue pour le droit de voisinage, et je persiste à le croire le seul exact. Il me paraît clairement indiqué par la L. 8 § 5, 6, si serv. vind. (**8** 5) où la production d'une fumée *ordinaire*, telle que les besoins de la vie ordinaire la comportent (*fumum* NON GRAVEM *facere puta* EX FOCO), est opposée à celle qui est occasionnée par une *fabrique*, comme nous dirions aujourd'hui (*taberna casearia*), et qui dépasse cette mesure. On a objecté que cela est trop vague. Mais la notion de la LONGA *consuetudo*, celle de la *diligentia* DILIGENTIS *patris familias*, celle de la *diligentia quam* IN SUIS *rebus*, celle de l'évènement *extraordinaire* dans la *remissio mercedis* (L. 15 § 2 loc. **19**.2 *extra consuetudinem*), celle du marchand *ordinaire* de notre Code de commerce, et celle du *fumus* NON GRAVIS du texte ci-dessus sont-elles donc plus précises? Le juge qui doit appliquer ces notions saura bien aussi faire l'application de celle que l'on critique. Je m'attacherai, pour ma part, à lui donner, ci-après, la précision casuistique nécessaire, pour les rapports entre locataires.

15. L'extension du principe emprunté au droit de voisinage ne saurait être écartée par la raison que le droit de voisinage a pour base la *propriété*, tandis que les rapports juridiques dérivant du louage sont des droits de *créance*. L'intérêt dont il s'agit est, en effet, dans les deux cas, identique, et l'objection que le simple créancier est sans protection vis-à-vis des tiers, que le locataire doit, dès lors, s'en prendre uniquement à son bailleur, a été réfutée plus haut (p. 119 s.). Dans la propriété foncière aussi, ce n'est point la *propriété*, mais uniquement l'*intérêt*, qui a fait naître la protection contre les atteintes de ce genre.

16. On ne peut objecter davantage que les *actions* au

moyen desquelles on se procure la protection dans les rapports de voisinage (*act. negatoria, cautio damni infecti*) ne reçoivent aucune application aux rapports dérivant du louage. L'objection serait sérieuse si mon opinion tendait à conférer ces *actions* au locataire, mais elle n'a d'autre but que de faire passer les *idées législatives* sur lesquelles sont basées ces actions, d'un rapport juridique à un autre. Dans les rapports nés du louage, c'est l'*act. inj.* qui prend la place de ces actions. On ne peut, du reste, se passer de cette action même pour la propriété, dans les rapports nés du voisinage (p. 36).

17. La règle relative aux molestations *entre locataires* doit donc être conçue absolument comme celle relative aux molestations *entre voisins*.

Ce que comporte l'existence civile ordinaire doit être supporté; ce qu'elle ne comporte point ne doit point être supporté.

Expliquons les deux membres de cette règle.

18. On doit supporter les inconvénients ordinaires de l'habitation dans la même maison. Tels sont : l'ébranlement du plafond par la marche des personnes, les jeux des enfants à l'étage supérieur, le déplacement des tables, des chaises, etc., le bruit des portes que l'on ferme, les odeurs qui montent de la cuisine, la musique pendant le jour, le trouble du repos causé par l'ouverture de la porte à une heure avancée de la nuit ou de bonne heure le matin, le fait de fumer dans l'escalier (espèce qui s'est présentée à ma connaissance; un locataire voulait le défendre à l'autre).

19. Parmi les choses qui ne doivent point être supportées, il n'y a lieu d'examiner que la musique pendant la nuit et l'organisation de bals ou d'orgies nocturnes. J'y joins toutefois aussi une série d'autres cas, afin, de donner au lecteur l'occasion d'éprouver l'exactitude du point de vue que je viens d'établir. Qu'il décide lui-même! Qu'il s'imagine qu'au dessus de l'étage qu'il occupe, vienne habiter un professeur de gymnastique, un maître de danse, un direc-

teur d'orchestre, qui veulent employer la salle qui se trouve à cet étage, les deux premiers à des exercices avec leurs élèves, le troisième à des répétitions de son orchestre, qu'un chimiste empeste l'air par suite des analyses qu'il veut faire, non dans son laboratoire, mais dans son appartement — qu'un artificier lui fasse courir le danger de sauter en l'air, — qu'un anglais, pour s'exercer, se fasse installer un jeu de quilles. Aucun lecteur n'admettra qu'il doive supporter tout cela bénévolement, même celui qui ne partage point l'opinion que je défends ici, d'un droit de réclamation directe contre l'autre locataire, car alors il exigera assurément du bailleur qu'il mette fin au trouble. Le bailleur pourra-t-il objecter qu'il ne lui a promis qu'un lieu d'habitation et qu'il n'y a point d'atteinte directe à ce lieu ? Il a promis *l'uti frui licere;* or, un tel usage de la maison, de la part des autres locataires, n'est pas conciliable avec cet *uti frui*. Et si le bailleur s'adresse à ces derniers, le maître de danse, le professeur de gymnastique, l'anglais pourront-ils prétexter que l'autre locataire doit bien souffrir la marche des grandes personnes et les sauts des enfants aux étages supérieurs, partant l'ébranlement du plafond, qu'il doit, de même, souffrir l'ébranlement dont ils sont cause? Le directeur d'orchestre pourra-t-il dire qu'il ne défend pas aux autres locataires de faire de la musique, et qu'on ne peut donc non plus le lui défendre? Le chimiste dira-t-il qu'il doit supporter les odeurs de la cuisine et du tabac fumé dans l'escalier, que l'on doit dès lors supporter celles que produisent ses opérations ? Et l'artificier, pourra-t-il dire : il y a aussi danger d'incendie dans l'emploi imprudent de la lumière, dans le surchauffage des poêles, dans le défaut de surveillance des feux ouverts, de la part d'un autre locataire? On pourrait, avec la même raison, déduire de la L. 8 § 6 si serv. vind. (8.5) qui déclare permis, dans les rapports de voisinage, le *fumum* NON GRAVEM *facere*, que ce qui est vrai de ce dernier, doit aussi l'être pour la production de fumée d'une manière

absolue. On pourrait avec la même raison, conclure de ce que le voisin d'un fonds doit souffrir la poussière occasionnée par le battage du blé sur ce fonds, ce qui constitue une *immissio* réelle, que ce même voisin doit souffrir les éclats de pierre qui viennent de la carrière voisine. Or, l'un et l'autre sont déniés dans la L. 8 § 5 ibid. Interrogé sur le motif de cette défense, le juriste aurait répondu : on ne peut conclure de la mesure à l'excès. Le *fumum non gravem* EX FOCO *facere* et le battage du grain doivent être libres à tout individu, parce que sans cela ils ne peuvent exister. Les inconvénients qui en résultent pour le voisin sont si insignifiants qu'il peut et doit les supporter. L'exploitation d'une fabrique et d'une carrière sont, au contraire, des branches d'industrie spéciales que l'on ne peut demander au droit de rendre possibles aux dépens du voisin, le droit devant baser ses dispositions sur le modèle de l'existence civile ordinaire, sur un *modus vivendi* qui permette à *tous* d'exister. Celui qui veut exercer ces branches d'industrie, doit acheter de son voisin le fonds limitrophe ou se faire concéder une servitude par lui.

Il en est exactement de même des cas ci-dessus de rapports entre locataires. Le maître de danse, le professeur de gymnastique, le directeur d'orchestre, le chimiste, l'artificier peuvent se procurer un local spécial approprié à leur profession [76]; en fait, ils le font toujours; quant à

---

[76] La jurisprudence française va même si loin sous ce rapport, et avec raison à mon avis, qu'elle donne au locataire qui a loué dans une maison donnée jusque là à bail *à des particuliers*, un droit de réclamation contre le bail donné à un *commerçant*, et qu'elle prononce, pour les inconvénients qui en résultent, des dommages-intérêts très-respectables. (V. des cas dans les *Juristische Blätter* de Vienne 1884 n° 16, où on a alloué 800, 2000, 3000 et 4000 francs.) Elle ordonne même une diminution de loyer et va jusqu'à prononcer la résiliation du contrat. Dans un de ces cas, il s'agissait uniquement de l'établissement d'un *hôtel meublé*, dans l'autre de l'établissement d'un *commerce* : mais les troubles et les désagréments qui en résultaient paraissaient au tribunal en contradiction avec les avantages d'une habitation dans une maison particulière tranquille, que le locataire avait eus en vue au moment du bail.

l'anglais, il peut se rendre au jeu de quilles. Dans une maison louée à divers locataires, ils ne sont pas à leur place. De même que le droit de voisinage, le droit de louage ne peut être organisé que pour les rapports réguliers, ordinaires. La juste mesure ainsi donnée, qui se meut endéans des limites supportables, est admise. L'excès, qui régulièrement n'est nécessité que par des professions spéciales, ou qui a sa source dans des caprices, des singularités ou des chicanes, est interdit. Celui qui désire plus que la mesure ordinaire, peut se le réserver par le contrat, de même que dans les rapports de voisinage il le peut au moyen de l'acquisition d'une servitude prédiale. De cette façon, il est assuré, aussi bien vis à vis du bailleur que vis à vis des autres locataires. Ces derniers ne peuvent ici faire valoir leurs réclamations que contre le bailleur, en tant qu'il ne leur a pas donné connaissance, lors du bail, de ce qui les attendait. Le locataire qui ne fait qu'exercer le droit qui lui appartient par contrat, ne commet aucune atteinte à la sphère juridique d'autrui; mais les autres locataires pourront reprocher au bailleur de ne pas prester, sans troubles, *l'uti frui licere* sur lequel ils étaient en droit de compter; ce qui le fait tomber sous l'action du contrat.

[D'après la jurisprudence aujourd'hui bien établie en France, l'action du contrat suffit à toutes les nécessités de la pratique et il est généralement reconnu que l'un des locataires n'a pas d'action contre l'autre lorsqu'il s'agit d'abus de jouissance. Pareille action ne pourrait résulter que d'actes qui *a priori* ont le caractère de *pures voies de fait* et qui n'ont aucun rapport avec l'usage de la maison louée. Dans ce cas, sur lequel je reviendrai plus loin, on peut concevoir une action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382 du Code civil, lequel comprend dans ses multiples applications tous les cas de fautes aquiliennes et de lésions injurieuses.

En général, la question de savoir s'il y a trouble à la jouissance est une question de fait entièrement livrée à l'appréciation des tribunaux. Ceux-ci ont à apprécier si les incommodités dont on se plaint dépassent la mesure des obligations ordinaires du

voisinage. Dans les questions qui s'élèvent au sujet de la cohabitation dans une maison, ils ont surtout à examiner quelle est, d'après la volonté expresse ou présumée des parties et d'après les usages, la destination de la maison louée, considérée dans son ensemble. Voici p. ex. une série d'arrêts qui ont statué sur l'introduction dans des maisons bourgeoises de certaines professions ou industries : *Paris* 21 *janv.* 1857 (Pas. fr. 1857. 2. 500). La maison dans laquelle le demandeur avec sa famille occupait un appartement depuis de longues années avait toujours été occupée bourgeoisement dans la partie du fond, notamment au 1er et au 2e étage. Le propriétaire de la maison vint à louer le 2e étage à des personnes tenant une table d'hôte et un restaurant. Cet établissement, indiqué au public par une inscription placée sur un pilastre du grand escalier, était ouvert à tout venant et jusqu'à une heure avancée de la soirée. L'arrêt constate qu'il en résultait que l'escalier était constamment fréquenté par des personnes dont les habitudes étaient incompatibles avec la tranquillité du locataire et avec la bonne tenue de la maison, et il condamne le propriétaire à expulser, dans les trois mois à dater du 1r avril suivant, le locataire tenant table d'hôte; et, prévoyant l'inexécution de cette condamnation, il le condamne d'avance à subir, sur le loyer du demandeur, une diminution annuelle de 1000 frs. à compter du 1 janvier — *Paris* 25 *juin* 1857. (Pas. fr. 1857. 2.500.) Cet arrêt constate qu'au moment où le demandeur est devenu locataire, aucune location en garni n'existait dans la maison, mais que quatre ans après, le propriétaire avait loué en garni deux appartements au profit d'un spéculateur qui se réservait de sous-louer à des tiers. Or, d'après les règlements de police, toute personne qui loue en garni, est obligée de placer un écriteau sur la porte de la maison. L'existence de cet écriteau, dit l'arrêt, est un trouble à la jouissance du locataire qui est entré dans cette maison alors qu'elle était louée bourgeoisement. L'arrêt condamne le propriétaire à faire cesser ce genre de location, faute de quoi il le condamne d'avance à payer au demandeur 50 frs. par jour de retard pendant un mois, après quoi il sera fait droit. — Un autre arrêt de *Paris du* 11 *avril* 1854 (Pas. f. 1855 2.354 Dall. pér. 1856. 2.68), tout en repoussant en fait l'action en dommages-intérêts fondée sur la location en garni, décide également que l'apposition à l'extérieur de la maison, d'écri-

teaux et écussons indiquant les appartements meublés à louer, peut occasionner un trouble aux locataires « en permettant à tout « étranger de s'introduire sans cesse sous prétexte de visiter les « appartements meublés, ou en facilitant la location passagère et « de courte durée à des individus dont la moralité ne serait pas « complétement établie. » — *Paris* 26 *fév.* 1869 (Pas. fr. 1869. 825. Dall. pér. 1874. 5.316.) Action dirigée par divers locataires contre le propriétaire de la maison, laquelle, par la division en appartements, et par la disposition générale des lieux, apparaissait au moment de la location comme devant être occupée exclusivement par des locataires commerçants ou habitant bourgeoisement. Le propriétaire avait toléré dans cette maison l'installation d'un hôtel meublé et fut condamné à le faire disparaître. — *Riom* 12 *août* 1869 (Pas. fr. 1869 p. 825). Résiliation de bail ordonnée à la demande du locataire d'une maison dans laquelle le propriétaire avait laissé s'installer un cercle comptant plus de 80 sociétaires. Il y avait, dit l'arrêt, pour ce locataire, une cause continuelle de trouble résultant du passage incessant des membres du cercle ou de ses gens de service dans l'escalier commun, du bruit d'une réunion qui se prolongeait souvent à une heure très-avancée de la nuit, des jeux de billard et autres auxquels on s'y livrait, des conversations bruyantes et plus ou moins libres qui pouvaient s'y engager. Cette situation se trouvait encore aggravée relativement à la situation de famille du demandeur qui était marié et père de plusieurs jeunes filles. — *Trib. de Lyon* 25 *janv.* 1881 (Pas. fr. 1881 p. 1142 Pand. chron. VI. 2.66.) Un locataire s'était avisé d'installer une école de jeunes enfants dans une maison à destination bourgeoise. Cette destination était établie par les dispositions de la maison, par la qualité du locataire, par les clauses mêmes des baux qui interdisaient à tous les locataires de rien entreposer dans l'escalier et la cour, d'y secouer les tapis, d'avoir des chiens, machines, rouets, ni rien qui pût incommoder les locataires. Le jugement constate en fait la circulation quotidienne et répétée quatre fois par jour de plus de 100 enfants dans l'escalier principal. Dans cette espèce, le propriétaire avait pris les devants et c'était lui qui agissait contre le locataire qui avait installé l'école. Le jugement ordonna la suppression de l'école et alloua 300 frs. de dommages-intérêts au propriétaire. La jurisprudence a eu

pareillement à connaître de plusieurs cas où il s'agissait de la modification des industries exercées dans les maisons louées. En voici deux exemples : *Paris* 19 *juillet* 1856 (Pas. fr. 1856. 2.436 Dall. pér. 1856. 2.229). Une personne loue un appartement au 3e étage dans une maison essentiellement industrielle, dont le premier étage et le second étaient occupés, au moment de son entrée en jouissance, par un cercle et par une administration de chemins de fer. Depuis, le cercle et l'administration de chemins de fer avaient quitté la maison, et les locaux occupés par eux avaient été loués à une société qui tenait un restaurant. Il a été jugé sur l'action en résiliation et en dommages-intérêts intentée de ce chef contre le propriétaire par le locataire du 3e étage, que, bien que celui-ci eût entendu louer dans une maison essentiellement industrielle, néanmoins à des industries offrant toute garantie de tranquillité, de moralité et de sécurité, il avait été substitué un établissement qui, par l'affluence à toute heure d'un public nombreux de différents âges et de différents sexes, par le mouvement et le bruit qu'il occasionnait, par la difficulté de maintenir la surveillance dans les divers escaliers, était incompatible avec les habitudes paisibles de la famille du demandeur eu égard à sa position sociale (ancien officier de marine), ses relations et l'importance du loyer. — Le bail fut résilié et le propriétaire condamné à payer 6000 frs. de dommages-intérêts fondés sur la nécessité pour le demandeur de déménager, et sur les frais d'appropriation de son nouvel appartement. — *Bordeaux* 29 *mai* 1879 (Pas. fr. 1880. 83). Action du locataire de 2e étage fondée sur ce que le rez-de-chaussée, qui, au moment de la signature du bail et de l'entrée en jouissance, était loué à un marchand de chaussures avait été converti en café. Il est incontestable, dit l'arrêt, que l'établissement d'un café dans un immeuble, en dénature le mode de jouissance et cause aux locataires antérieurs de cette habitation un trouble dans la jouissance à laquelle ils ont droit et ce trouble est de nature à provoquer la résiliation du contrat. Cette résiliation fut ordonnée, et l'arrêt alloue 300 frs. de dommages-intérêts pour le préjudice qui en résultera pour le locataire. — On s'est aussi demandé s'il y a un trouble à la jouissance du locataire qui exerce une profession ou une industrie déterminée, dans l'installation, sous le même toit, d'une autre personne exerçant la

même profession, la même industrie. La question a été longuement discutée et l'on cite un grand nombre d'arrêts qui ont tantôt admis tantôt dénié l'obligation de garantie du propriétaire. On en trouvera le résumé dans l'ouvrage de LAURENT Droit civil, T. 25 p. 142 et ss. La jurisprudence française a été enfin fixée par l'arrêt de la cour de *Cass. fr. du* 6 *nov.* 1867 (Pas. fr. 1867. 1144 Dall. pér. 1868. 1. 129) qui décide que le propriétaire qui a loué une partie de sa maison pour l'exercice d'une industrie conserve le droit de louer l'autre partie pour y exercer une industrie similaire lorsqu'il ne résulte pas du bail ni des circonstances que la commune intention des parties a été de restreindre ce droit. On ne peut qu'approuver cette jurisprudence, car si la concurrence de l'industrie nouvellement établie cause au locataire un trouble *dans son industrie,* elle ne lui en cause aucun dans la *jouissance de la maison* et c'est à cette dernière que se borne l'obligation de garantie du propriétaire. Le locataire antérieur n'a dans ce cas aucune action contre le propriétaire et bien moins encore contre le locataire nouveau car celui-ci ne fait qu'user de son droit.

Les concierges, cette plaie de la vie de toutes les grandes villes, ont également fourni leur chapitre à l'histoire des molestations qui dégoûtent de l'existence, et la jurisprudence française a su donner aux locataires le moyen de se faire respecter. C'est encore l'action du contrat qu'elle a appliquée et c'est le propriétaire qu'elle a déclaré responsable des excès de pouvoir de ces utiles mais souvent despotiques fonctionnaires au petit pied. Pas n'est besoin d'une action d'injure contre eux car ils sont les préposés du propriétaire. Les journaux judiciaires tels que la *Gazette des Tribunaux* et *Le Droit* ont inséré plusieurs jugements qui ont considéré comme des troubles à la jouissance du locataire les impolitesses, les paroles grossièrement injurieuses, les actes de brutalité, même les simples vexations des concierges (V. *Gazette* 10 juillet 1836, 15 août 1862, le *Droit* 25 juin 1859, 21 août 1862) et les propriétaires ont été condamnés à faire cesser le trouble en renvoyant leur concierge. Il y a même des cas où la résiliation du bail a été prononcée (*Gazette* 30 août et 19 déc. 1840, 12 oct. 1861). Deux procès de ce genre ont été jugés en cour d'appel et j'en résume ici les faits : le concierge d'une maison louée à plusieurs locataires employait

systématiquement des moyens vexatoires pour nuire à l'un de ceux-ci et l'entraver dans l'exercice de sa profession de médecin, soit en lui remettant tardivement les lettres de ses clients qui l'appelaient, soit en faisant des réponses évasives ou inexactes à ceux qui se présentaient en personne à son domicile. Il avait été constaté que des dépêches officielles émanant de l'administration publique à laquelle était attaché le locataire avaient été indûment conservées par le concierge pendant plusieurs jours. Le propriétaire averti n'avait pas bougé. Il fut déclaré responsable du fait du concierge et de sa propre négligence; la cour de Paris par arrêt du 29 juillet 1881 (Pas. fr. 1881. 969 Pand. chron. VI. 2.81.) le condamna à payer 1000 frs. de dommages-intérêts et à expulser le concierge dans la huitaine, faute de quoi il aurait à payer 30 frs. de dommages-intérêts par jour pendant 15 jours, après quoi il serait fait droit. Dans une autre espèce, tranchée par arrêt de *Paris du* 6 *mai* 1885 (Pas. fr. 1885. 987) une partie de maison avait été louée avec autorisation d'y établir un cercle, et il était arrivé plusieurs fois, par suite du mauvais vouloir du concierge, que les membres du cercle avaient été dans l'impossibilité d'entrer ou de sortir pendant la nuit. L'arrêt constate qu'il y a trouble à la jouissance et condamne le propriétaire à 200 frs. de dommages-intérêts.]

20. J'aborde les deux questions que j'ai désignées, plus haut, comme les seules douteuses: la musique nocturne et l'organisation pendant la nuit, de bals et d'orgies. Pour le premier point, le caractère illicite du fait ne sera guère mis en doute. On peut renvoyer le musicien aux heures du jour, qui sont assez nombreuses pour satisfaire le goût de musique le plus exigeant. Quant à l'organisation de bals, pour lesquels il n'y a pas moyen de renvoyer ainsi aux heures du jour, la même solution ne sera pas aussi facilement admise. Le cas qui j'ai cité plus haut (p. 114) comme étant arrivé à Vienne, prouve quelles sont les idées de cette ville, qui aime tant la danse, au sujet de l'organisation des bals. Aussi, je m'attends à y voir mon opinion soulever de vives attaques, mais, malgré cette crainte, je ne puis m'empêcher de la faire connaître. A mon avis, des bals ne

sont pas admissibles dans une maison louée; on doit les donner dans un local public. Les intérêts qui se trouvent ici en présence sont, d'une part, le repos de la nuit, parfois même la santé, d'autre part, le simple agrément. Or, dans ces conditions, la décision à prendre ne saurait être douteuse. On ne peut obliger les locataires qui désirent jouir du repos pendant la nuit, à aller se loger, avec leur famille, à l'hôtel, afin de permettre à un autre de donner un bal dans la maison. Si l'une des deux parties doit céder devant l'autre, parce que leurs intérêts ne peuvent se concilier, ce ne peut être que cette dernière. Quant aux orgies nocturnes, ce serait vraiment perdre du temps d'en parler.

[Il s'agit essentiellement, ici, d'une question de fait que les tribunaux doivent apprécier d'après les circonstances. Il n'est pas douteux, au surplus, qu'on ne peut établir en principe ni l'autorisation ni la prohibition de faire de la musique ou de donner à danser. Aussi les décisions judiciaires que rapportent les recueils sont-elles contradictoires. Ainsi AGNEL et CARRÉ, Code manuel du propriétaire, p. 621, nº 1071, rapportent une ordonnance de référé du 8 avril 1873 par laquelle il est fait défense au défendeur de jouer ou de laisser jouer du piano dans la pièce de son appartement contigue à la chambre à coucher du demandeur, après 9 heures du soir, et par laquelle le demandeur est autorisé à requérir l'assistance du commissaire de police, après 9 heures du soir, pour faire cesser les exercices du piano. D'autre part, le journal *Le Droit* rapporte une ordonnance du 30 mai 1882 intervenue sur l'action par laquelle un locataire du 3ᵉ étage se plaignait de ce qu'une dame habitant le 4ᵉ étage donnait toutes les semaines des soirées dansantes qui duraient depuis 11 heures du soir jusqu'à 5 heures du matin. L'ordonnance décide que ces faits ne constituent pas un trouble pour les locataires et déboute le demandeur. Il ne m'a pas été possible de me procurer ces deux décisions judiciaires, mais je présume que dans la première l'action était dirigée contre l'habitant d'une maison voisine, et que dans la seconde elle était dirigée contre le propriétaire. Quoiqu'il en soit, il est certain que, d'après la jurisprudence française, on ne saurait admettre, dans les cas de ce genre, une action de l'un des colocataires contre l'autre. Celui

qui fait de la musique, même pendant des nuits entières et celui qui donne à danser dans l'appartement qu'il a loué usent tous les deux, à leur manière, des droits que leur donne leur bail. Toute la question est de savoir s'ils usent ou s'ils abusent de leurs droits. Or cette question ne peut être agitée contradictoirement qu'avec le propriétaire.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 25 août 1836, rapporté par DALLOZ, Répert. v° Louage, n° 286, décide que le locataire qui, par un tapage violent et nocturne porte atteinte au repos des autres habitants de la maison, peut être condamné à quitter la maison sur l'action du propriétaire en résiliation de son bail, dont il a méconnu l'une des obligations principales, celle d'user en bon père de famille. Les autres habitants de la maison s'étaient bornés à se plaindre au propriétaire, et c'était évidemment tout ce qu'ils pouvaient faire, car, à l'action qu'ils eussent intentée contre le locataire, auteur du tapage, celui-ci eût infailliblement répondu : J'ai un bail et je puis faire chez moi ce qui me plaît; ce qui les eût obligés d'appeler en cause le propriétaire, et le procès aurait continué entre celui-ci et l'auteur du trouble.

Un autre arrêt, plus récent, de la Cour de Caen, du 1 mai 1868 (Pas. fr. 1869, I, 589) se rapporte à des faits du même genre. Une maison était louée en deux parties à deux personnes dont l'une avait l'habitude de réunir chez elle quelques personnes une ou plusieurs fois la semaine et de prolonger ses soirées jusqu'à une heure avancée. L'autre locataire se prétendit troublé et actionna le propriétaire. Celui-ci voulut se faire mettre hors de cause en se prévalant de l'art. 1725 du Code civil, mais cette prétention fut repoussée. D'autre part il fut décidé que le locataire dont on critiquait les réunions ne faisait qu'user d'un droit et n'exerçait que des actes ordinaires, mais il avait été constaté en fait que la maison avait été construite en vue d'un locataire unique, et qu'en la séparant en deux logements distincts on n'avait pris aucune précaution pour empêcher la propagation du bruit, à tel point que le déplacement d'un meuble quelconque, le plus léger mouvement, les émissions de voix ordinaires, étaient entendus d'une chambre à l'autre et que, pour peu que l'on élevât la voix, la conversation se transmettait dans la pièce voisine. Le bailleur fut, à bon droit, déclaré responsable de cet état de choses et le contrat fut résilié.]

21. Selon les circonstances, les empiétements, tant directs qu'indirects, d'un locataire ou du propriétaire de la maison, sur la sphère juridique de l'un des locataires, peuvent prendre le caractère d'agissements licites. Il en est ainsi lorsqu'ils sont commandés par des motifs impérieux comme la vie ordinaire elle-même peut en amener. Un locataire ne peut emménager ni déménager sans déposer ses meubles dans l'escalier ou sur le palier, et sans encombrer ainsi et salir l'escalier. De même, en cas d'enterrement, ou en cas d'incendie. Tous ces troubles sont la suite de l'*uti* même et ne doivent point, dès lors, être considérés comme des empiétements sur la sphère juridique d'autrui. On doit en dire autant des troubles occasionnés de la part du propriétaire, dans le cas de réparations nécessaires. Quand on recrépit la maison, le locataire doit souffrir devant son étage l'échafaudage qui peut permettre aux ouvriers de regarder par ses fenêtres. Quand on repeint l'intérieur de la maison, ou que l'on vidange, il doit supporter les odeurs désagréables. De ce que régulièrement il ne soit pas tenu de souffrir de pareils troubles, il ne suit nullement qu'il ne doive pas exceptionnellement les souffrir, pas plus qu'on ne pourrait ériger ce fait exceptionnel en une règle générale. La règle et l'exception dérivent l'une et l'autre de la même considération : rendre possible l'*uti*, tel qu'il est commandé par les circonstances, les intérêts, les besoins de l'existence civile régulière.

Je termine ici mon examen du rapport de louage. Il aura montré, j'espère, que l'*act. injur.* y trouve une application dont, en pratique, on ne saurait se passer.

Si je ne me suis pas contenté d'établir son applicabilité au moyen de quelques remarques générales, si je me suis, au contraire, imposé la tâche peu engageante de la justifier dans toute son étendue casuistique, je crois être certain de l'assentiment et de l'approbation de tous ceux qui pensent, avec moi, que l'explication casuistique des considérations

et des principes qu'on fait valoir, contient l'épreuve indispensable de leur exactitude et leur offre la voie la plus sûre pour avoir accès dans la vie. Puissent les idées que je viens de développer trouver cette voie! Le plus beau fruit que je rêve pour mon travail est de contribuer à procurer un traitement sain, satisfaisant, à un rapport important de la vie envers lequel la doctrine dominante, purement formaliste avec son accentuation exclusive du côté juridique (contrat, détention) n'a nullement été et ne pouvait être juste, ce qui en a fait une véritable arène pour l'inconvenance, l'arbitraire, et les chicanes les plus absurdes. Il rendrait un vrai service à notre jurisprudence allemande celui qui exposerait d'une manière approfondie la jurisprudence des tribunaux français. Le peu que j'en connais respire un esprit si sain et montre qu'en ce point, comme si souvent ailleurs, la jurisprudence française a su reconnaître et garantir avec tant de bonheur les nécessités de la vie, que nous ne pouvons que gagner à suivre son exemple. L'admissibilité de l'action d'un locataire contre un autre locataire, que j'ai soutenue, est, dans la jurisprudence française, à l'abri de toute controverse. On devrait seulement indiquer jusqu'où cette jurisprudence l'a poussée. Cette étude d'espèces serait, à mes yeux, du plus haut prix.

[Il existe en effet, dans la jurisprudence française, des exemples d'actions dirigées par un locataire contre un autre locataire de la même maison; ce sont notamment les arrêts de la Cour d'appel de Paris du 24 juin 1858, du 29 mars 1860, du 8 juillet 1861 et du 12 mars 1863 (Pas. fr. 1859, 2, 146; 1860, 2, 122; 1862, 2, 274 et 1863, 2, 22; Dall. pér. 1859, 2, 217; 1860, 2, 185 et 1861, 2, 199); mais la doctrine de ces arrêts est unanimement repoussée aujourd'hui par les auteurs et par la jurisprudence. Ils ont été rendus sous l'influence de la doctrine de Troplong qui soutenait que le contrat de louage confère au preneur un droit mixte participant à la fois du droit personnel et du droit réel, droit qu'il est admis à défendre contre tous ceux

qui y portent atteinte. D'après cette jurisprudence, le locataire exerçant une industrie avait le droit d'agir directement et de son chef contre le locataire nouveau-venu dans la maison et exerçant la même industrie, pour le faire condamner à des dommages-intérêts et même se faire autoriser à l'expulser! L'arrêt de 1860 confirme un jugement qui condamnait le bailleur à expulser le second locataire et qui allait jusqu'à autoriser le premier locataire à l'expulser lui-même! La thèse de Troplong a été longuement discutée à cette époque, mais elle est complétement abandonnée aujourd'hui.

Il semble à première vue que l'art. 1725 du Code civil puisse être invoqué par le bailleur pour se soustraire à la garantie du fait de son locataire. D'après cet article, dirait-il, je ne suis pas garant du trouble de fait occasionné par les tiers qui ne prétendent aucun droit sur la chose. Or, il s'agit bien de troubles de fait et le locataire bruyant qui fait du tapage pendant la nuit, qui organise des bals, qui installe chez lui un jeu de quilles, ne prétend assurément exercer aucun droit sur l'appartement loué par un autre locataire. Nous verrons plus loin que l'objection ne tiendrait pas longtemps, car le colocataire n'est pas un *tiers* dans le sens de l'art. 1725. Justifions d'abord la disposition très rationnelle de cet article, dont l'idée principale a été empruntée à Pothier, Louage n° 81. Le bailleur ne peut être rendu responsable des voies de fait par lesquelles des tiers troublent la jouissance du locataire, sans prétendre du reste avoir aucun droit dans l'héritage ou par rapport à l'héritage. Ainsi p. ex. si des laboureurs voisins font paître leurs troupeaux dans la prairie d'une métairie que je tiens à ferme, si des voleurs, au clair de lune, vendangent mes vignes, si des gens jettent de la coque du Levant dans les étangs que je loue et en font mourir les poissons, etc., le bailleur n'est pas garant de cette espèce de trouble. La loi considère que de pareils troubles sont dus soit à une négligence du preneur qui n'a pas surveillé assez activement la chose louée, soit à des inimitiés personnelles. Il serait injuste de rendre le bailleur responsable, et c'est au preneur à se préserver lui-même. Il a pour cela l'*actio injuriarum*, selon Pothier. S'il n'a pas agi, s'il a laissé impunément fouler son droit aux pieds, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même de sa lâcheté. Mais résulte-t-il de là que le locataire troublé dans sa jouissance par

un autre locataire de la même maison ait toujours une action contre ce dernier? En aucune façon et il n'y a plus eu, à ma connaissance, depuis les arrêts cités plus haut, un seul exemple d'une pareille action basée sur des abus de jouissance. En effet, les colocataires de la même maison ne sont pas des *tiers* dans le sens de l'art. 1725, c.-à-d. des personnes étrangères au bailleur, ce sont des personnes qui tiennent du bailleur des droits dont l'exercice est le prétexte ou l'explication des actes constitutifs du trouble; ces personnes ont le droit d'exciper des clauses d'un contrat pour démontrer la légitimité de leurs actes; elles prétendent un droit sur la chose louée ou par rapport à la chose louée, et elles ont le moyen d'arrêter au seuil même de la procédure toute action qu'on voudrait leur intenter. Qu'arrivera-t-il en effet? Supposons que je songe à dicter action contre le locataire de l'étage supérieur qui trouble mon repos en donnant à danser, en faisant de la musique, en installant au-dessus de ma tête un cours de gymnastique ou un jeu de quilles. Ces actes, remarquons le bien, ne constituent pas a priori, des délits civils. Je ne sais si leur auteur a le droit de les faire en vertu de son bail. Mais ce que je sais, c'est qu'il a un bail et lorsque, dès la première comparution en justice, il m'opposera ce bail en me disant : *feci sed jure feci*, je ne pourrai pas même soutenir qu'il a outre-passé les droits que lui donne son bail, car cet acte ne me concerne pas, il est pour moi *res inter alios acta*. Mais comme il a été concédé par celui-là précisément qui doit me garantir la paisible jouissance de mon habitation, j'aurai le droit de mettre ce dernier en cause, et alors, mais alors seulement, le procès sera placé sur son véritable terrain. J'aurai fini par où j'aurais dû commencer. Le propriétaire qui me doit garantie sera condamné à assurer mon repos, mais il pourra se retourner contre l'auteur du trouble et le faire condamner à son tour, le tout par l'action du contrat, car si le propriétaire me doit la paisible jouissance, son autre locataire est tenu d'user de la chose en bon père de famille. C'est là une obligation de faire qui se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution (art. 1142). Pas n'est besoin, on le voit, de l'*actio injuriarum*, l'action du contrat suffit à tous les besoins.

La cour de cassation de France a statué en ce sens par son arrêt du 16 *nov*. 1881 (Pas. fr. 1882. 1. 534). L'espèce est inté-

ressante et rentre bien dans le cadre de notre étude. Un individu, locataire du 2[d] étage et du rez-de-chaussée d'une maison située à Nancy et louée à plusieurs locataires, avait l'habitude de brûler au rez-de-chaussée des chiffons et des détritus de jardin, ce qui produisait une fumée infecte qui allait se répandre à l'étage supérieur. Il secouait les tapis au second étage et faisait tomber la poussière sur une galerie dépendant du logement du locataire du premier étage. Ce dernier, se prétendant troublé dans sa jouissance, assigna le propriétaire, et celui-ci appela en garantie l'auteur du trouble. Le premier juge condamna le propriétaire à payer 50 frs. de dommages-intérêts et le locataire du rez-de-chaussée à le garantir de cette condamnation. En appel, le locataire du rez-de-chaussée prétendit que l'action était mal intentée, qu'elle n'aurait pu être dirigée contre le propriétaire, mais contre lui-même, par application de l'art. 1725 Code civil. Ce système fut repoussé en appel, et la Cour de Cassation rejeta le pourvoi. L'arrêt de la Cour suprême est peu motivé, mais le rapport qui l'a précédé a nettement établi les principes (v. Dall. pér. 1882. 1. 120). Cette jurisprudence a été suivie, et l'on cite dans le même sens un jugement du tribunal de Melun, du 5 mars 1886, qui a jugé que le locataire du droit de chasse doit s'adresser au propriétaire et non au fermier pour obtenir la suppression d'un grillage en fer gênant la circulation des chasseurs et nuisant au passage du gibier (Pas. fr. 1887. 474). La Cour d'appel de Paris avait antérieurement statué dans le même sens, par son arrêt du 13 août 1875 (Pas. 1876. 673) dans une espèce où il s'agissait d'infiltrations d'eau causées par une fontaine que le locataire de l'étage supérieur avait laissée déborder. Le propriétaire avait été déclaré responsable vis-à-vis du locataire inférieur et condamné à lui payer 500 fr. de dommages-intérêts, mais le locataire supérieur avait été condamné à indemniser le propriétaire de toutes les condamnations prononcées au profit du locataire inférieur.

Il résulte des observations qui précèdent que les divers locataires d'une même maison doivent être considérés entre eux comme les ayants-cause du propriétaire dans l'usage qu'ils font de la chose louée. Mais il ne faudrait pas aller jusqu'à dire que le propriétaire répond de tous les actes de son locataire. Certes, il répond des conséquences du mode de jouissance de son locataire,

lorsque ces conséquences, même abusives, sont des suites de la jouissance qu'il lui a concédée; mais lorsque les voies de fait commises par le locataire ont le caractère de purs délits civils qui n'ont point de rapport direct avec la jouisssance du bien loué, le propriétaire n'en est pas responsable, car il n'est pas le commettant du preneur et celui-ci, bien que son ayant-cause, n'est pas son préposé. Il peut donc y avoir lieu à une action de responsabilité entre colocataires. Elle a lieu toutes les fois que les voies de fait dont se plaint l'un des colocataires ne sont pas la conséquence de l'usage fait par l'autre de la chose louée, mais procèdent d'une autre cause. Il est évident, par exemple, que si l'un des locataires, rencontrant l'autre dans l'intérieur de la maison, l'insulte gravement ou le frappe, il ne commet pas un abus de jouissance et que le propriétaire ne saurait être rendu responsable. L'action du contrat n'est d'aucune application et c'est l'action organisée par l'art. 1382 Code civil (*actio injuriarum*) qui seule recevra application. Il en serait de même dans le cas que nous avons effleuré plus haut (p. 135) de la réunion dans la même maison de deux personnes exerçant la même industrie, si l'une d'elles, profitant de ce voisinage, commettait des actes de concurrence déloyale.

On le voit, s'il n'est pas absolument exact de dire que l'action d'un locataire contre un autre locataire est toujours admissible, il n'est pas vrai non plus de dire qu'un locataire se trouve livré sans défense à toutes les fantaisies déraisonnables de son colocataire. Dans la plupart des cas, l'action du contrat dirigée contre le propriétaire lui procurera une protection complète et la réparation de tout le dommage matériel ou moral qu'il aura subi. Dans tous les autres cas l'action en dommages-intérêts de l'article 1382 lui permettra de se faire rendre justice.]

X. La propriété.

Notre vie juridique, on le sait, connaît maints droits auxquels l'usage de la langue a étendu le terme de propriété, bien qu'ils n'aient point une chose pour objet. C'est ainsi que l'on dit : propriété littéraire, propriété de lettres missives, de lettres de change, entendant par là, non la propriété du manuscrit, des copies ou du morceau de papier sur lequel est écrite la lettre missive ou la lettre

de change, mais, en résumé, le droit au contenu intellectuel du papier, c.-à-d. la disposition propre, indépendante, exclusive, concernant ce papier, et par suite le droit d'interdire cette disposition à d'autres (droit de prohibition) qui enforme le corollaire indispensable. C'est en ce sens, aussi, qu'il peut être question de propriété *commerciale* des noms et des marques de fabrique.

Ce langage usuel est critiqué par l'école, et au point de vue didactique, le professeur fera bien de prémunir l'élève contre le danger de considérer ces droits comme constituant une propriété dans le sens propre du mot. Mais cette remarque une fois faite, j'estime qu'il n'y a rien à objecter contre l'emploi de ces expressions. Je les tiens, au contraire, pour les plus concises et les plus exactes([77]), et suis convaincu que, précisément pour ce motif, le langage de la vie ne se laissera point égarer par ce scrupule juridique. Bientôt même, je pense, ces expressions seront adoptées par la science elle-même, et l'on assistera au phénomène que nous avons déjà vu se produire en droit romain : les actions et les formes qui originairement étaient faites pour la *chose*, transportées au *droit* lui-même.

Tous les actes, tous les rapports du droit patrimonial ont eu, originairement, pour objet la chose([78]); la chose visible, palpable, forme l'objet premier et naturel du droit et de toute disposition juridique. Mais de ce point de départ matériel, le droit s'est élevé peu à peu à une conception immatérielle, spiritualiste, qui met la *res incorporalis* sur la même ligne que la *res corporalis*. Les notions et les mots créés pour ces dernières sont désormais,

---

([77]) Si on veut les éviter, l'expression choisie par Stobbe se recommande le plus : *droits sur les biens immatériels*. Celle employée par d'autres : *droit individuel*, prête facilement à l'équivoque (V. plus loin). En tous cas, il y a nécessité systématique de réunir ces droits sous une seule notion et d'en donner une exposition d'ensemble, comme l'a fait Stobbe dans son *Handbuch des deutschen Privatrechts*. T. III p. 1 s.

([78]) V. Esprit du D. R. III. 131.

partout où cela se peut, transportés aux droits. Ainsi la notion de l'*habere*, façonnée pour la vente d'une chose, s'étend à la vente de créances, de successions, de l'usufruit. Ainsi encore, celle de la *locatio rei* s'étend à la location de revenus (c.-à-d. à l'exercice de droits). La notion du *jus in re*, elle-même, est transportée de la chose aux droits; le droit de gage et l'usufruit sont étendus à des créances et à des patrimoines entiers.

La dernière limite atteinte dans cette direction par le droit romain est l'extension de la notion de possession, des choses (*corporalis possessio*) aux droits (*juris possessio*); car s'il y a une notion qui est fondée sur l'extériorité sensible, c'est bien celle de la possession.

Ces explications servent à justifier, par l'exemple des juristes romains, l'extension de la notion de propriété, de la chose aux droits. Si ces juristes n'éprouvent aucun scrupule à transporter les idées sensibles du droit ancien : HABERE *licere* et *pignori* DARE, à des créances[79], et la notion de la *possessio* à des servitudes, s'ils ne craignent point de porter ainsi atteinte à la clarté des notions juridiques, pourquoi ne pourrions-nous agir de même pour la notion de la propriété? La *juris possessio* n'est pas plus rapprochée de la *corporis possessio*, que la propriété intellectuelle, extrasensible, ou quelque soit d'ailleurs le nom qu'on lui donne, ne l'est de la propriété réelle ou sensible. Elle en est bien plus éloignée, au contraire, car la possession est un rapport physique et la propriété un rapport juridique. Les juristes romains ne reculent point devant l'idée de transporter l'expression *dominium* même sur l'*ususfructus*[80]. Pourquoi reculerions-nous de faire

---

(79) L. 13 § 2 de pign. (**20.1**); *cujus nomen* PIGNORI DATUM *est* L. 4 C. quae res pign. (**8.17**) *nomen* PIGNORARI.

(80) L. 3 Si ususfr. (**7**.6) . . *est enim absurdum plus juris habere eos qui* POSSESSIONEM *dumtaxat ususfructus, non etiam* DOMINIUM *adepti sint.* Ces mots ont pour but d'exprimer la distinction entre l'usufruit *civil* (*si*

de même, là où nous en trouvons l'occasion? Ils ne se sont point dissimulé les scrupules auxquels on se heurtait en voulant transporter la possession aux servitudes([81]). Les premières tentatives dans cette voie ont vraisemblablement rencontré chez eux la même résistance que les tentatives analogues faites chez nous pour la propriété. Mais le sens droit des juristes romains, joint à la reconnaissance de l'identité de l'*élément essentiel* du rapport possessoire dans la possession des choses et dans celle des droits, a triomphé de ces difficultés purement linguistiques. J'en attends autant, dans l'espèce, de la jurisprudence actuelle. C'est le dernier pas à faire pour immatérialiser complétement le droit des choses. Nous avons déjà la *possession*, l'*hypothèque*, l'*usufruit* de droits; il ne manque que la *propriété* de ceux-ci.

Ce n'est point le hasard qui a, depuis longtemps, fait faire ce pas au langage usuel. Ici, comme d'habitude, il a touché parfaitement juste. Pour les droits auxquels le langage usuel applique la notion de propriété, l'*essence* de celle-ci est identiquement la même que pour les choses. Le seule différence porte sur l'objet, qui est dans l'un des cas un droit, et dans l'autre une chose. Or, ce qui est décisif dans les droits, ce n'est point l'objet, mais le rapport juridique de l'ayant-droit, lequel repose sur les deux éléments du *contenu*, et de la *protection juridique*([82]). Tous deux s'appliquent à la propriété sur les droits exactement comme à celle sur les choses. L'ayant-droit a, par rapport au droit, exactement la même position que le propriétaire par rapport à la chose. Son droit est, comme

---

LEGITIME *ejus factus esset*) et l'usufruit *prétorien* (TRADITUS *ex causa fideicommissi*).

([81]) V. JULIEN L. 32 § 1 de S. P. U. (8.2) : NATURA *enim servitutum ea est, ut possideri* NON POSSINT ; mais il repousse l'objection en disant : *sed intelligatur* POSSESSIONEM *earum habere, qui aedes possidet*. V. aussi PAUL L. 14 pr. de Serv. (8.1).

([82]) Éléments substantiel et formel du droit, comme je les ai définis et développés dans l'Esprit du D. R. T. IV § 70-71.

celui de ce dernier, *primaire* et *complet*, et non *dérivé* et *limité* comme celui du détenteur de *jura in re*. Tous deux réalisent l'idée de la destination *exclusive* et *permanente* du bien (matériel, ou immatériel) pour la personne, par opposition à la destination des *jura in re*, limitée soit quant au *contenu*, soit quant à la *durée*. D'autre part, ces droits sont, tout aussi bien que la propriété, protégés d'une manière *absolue* (*in rem*), et non d'une manière simplement *relative* (*in personam*), comme les obligations. Cette protection juridique prend, il est vrai, pour ces droits, une forme quelque peu autre, que pour la propriété réelle. Des deux actions, au moyen desquelles elle est ménagée pour la propriété réelle: la *reivindicatio* et *l'act. neg.*, la première tombe parce qu'elle est liée à la supposition de la présence de la *chose* entre les mains d'autrui, ou, en termes abstraits, à l'enlèvement *complet* de l'exercice du droit. Dans la propriété intellectuelle, la lésion ne peut consister que dans une *concurrence* par rapport à cet exercice, dans des *empiétements* sur la sphère juridique d'autrui, ou, comme on a l'habitude de le dire, par rapport à *l'act. negatoria*, dans une violation *partielle* de la propriété d'autrui. Cette dernière action reste donc seule possible. Mais la lésion partielle prend elle-même, dans la propriété intellectuelle, un autre caractère que dans la propriété corporelle. Dans celle-ci, la lésion, totale ou partielle, peut être unie à la croyance à un droit propre (*bona fides*), c.-à-d. contenir seulement une injustice *objective* (sans intention), et non une injustice *subjective*. Dans la propriété *incorporelle*, ces deux éléments coexistent toujours, les atteintes à la sphère juridique d'autrui se présentent comme des lésions *conscientes*, ou à tout le moins *coupables* et *imputables*. Les personnes qui les commettent, *savent* ou *doivent savoir* qu'elles ne peuvent agir comme elles le font, et dès lors elles répondent de leur ignorance. Si d'aventure le cas était douteux (p. ex. par rapport à l'expiration du délai de protection pour le droit d'auteur), elles auraient dû s'en

assurer d'avance, et faire, au besoin, décider la question en justice. Quoi qu'il en soit, on ne peut faire dépendre le bon droit de quelqu'un de l'erreur de droit ou de fait d'un autre qui aurait *pu* s'informer, et qui, en tout cas, aurait *dû* le faire. On peut lui dire ce que dit ULPIEN, pour justifier les actions édilitiennes, dans la L. 1 § 2 de aed. ed. (**21**.1) : POTUIT *enim ea nota habere; neque enim interest emtoris, cur* FALLATUR, IGNORANTIA *venditoris, an* CALLIDITATE.

Il en résulte que *l'act. injuriarum* est l'action qui convient dans l'espèce. Les atteintes à la propriété incorporelle se caractérisent comme injustes *d'avance* (dans la forme), tout comme les atteintes aux rapports de voisinage dans lesquelles la possibilité d'une servitude est exclue (p. 36 s.). Celui qui n'admet pas avec moi que les atteintes à la propriété incorporelle contiennent *toujours* des lésions injurieuses, devrait avoir recours à l'*actio negatoria.* Il resterait ainsi, en apparence, plus fidèle à l'idée exprimée par nous de l'identité de la propriété incorporelle et de la propriété corporelle. Mais, en réalité, l'*actio negatoria,* comprise dans le sens qu'y attachent les Romains, n'atteindrait pas le but. Cette action ne concerne, en effet, que l'*avenir* et non le *passé;* elle ne peut tendre qu'à la défense à faire au défendeur de renouveler l'atteinte faite par lui au droit du demandeur. On ne peut s'en servir pour demander la condamnation du défendeur à des dommages-intérêts du chef des atteintes commises. Il fallait, à cet effet, chez les Romains, recourir à l'*interd. quod vi aut clam*, à l'*act. legis Aquiliae* ou à l'*act. injur*. Or, les deux premières actions ne trouvent aucune application à la violation de la propriété intellectuelle. Il ne reste donc que la dernière pour obtenir des dommages-intérêts. Même pour la protection de la propriété corporelle, ainsi que nous l'avons établi (p. 43 ss.) l'*act. injur.* est indispensable. Ce qui est protégé au moyen de cette action, ce n'est point la personnalité *comme telle*, mais la personnalité *dans la propriété.* S'il est erroné de méconnaître,

dans ce cas, la relation de l'*act. injur.* avec la *propriété*, il serait tout aussi injuste de faire à notre opinion le reproche qu'en renvoyant exclusivement à l'*act. injur.* pour les atteintes à la propriété incorporelle, elle abandonne cette propriété comme base de l'action. Une fois la relation avec la propriété exclue, il ne reste plus que l'idée, que d'aucuns ont émise à propos du droit d'auteur, et que je trouve radicalement fausse : baser ce droit sur le *droit de la personnalité*(85). C'est exactement la même erreur, que celle que commettait PUCHTA lorsqu'il caractérisait la possession comme *droit de la personnalité*. C'est se jouer des mots et des notions que de ranger sous la notion de la personnalité les rapports *concrets* créés par la personne. En les créant, la personne est sortie d'elle-même, elle a pris position dans le monde extérieur. Dès lors, quand le droit les protège, ce n'est plus à la *personne*, mais à cette *position* juridique que sa protection s'adresse. Que pour les créer, l'effort soit grand ou faible, qu'importe? Qu'importe, de même, que ce soit une chose *corporelle* ou quelque chose d'*incorporel* que le droit protège. Le seul point décisif est que la personne ait créé un rapport protégé par le droit. C'est ainsi que la simple prise de possession, même illégitime, fonde une relation de la personne avec la chose, et comme cette relation est protégée par le droit, elle constitue un *rapport juridique*. Ainsi le fait du marchand d'adopter une firme ou une marque de fabrique sert de base à une relation avec cette marque ou avec cette firme, et cette relation étant protégée par le droit, qui défend à tout autre de prendre la même marque ou la même firme, engendre un *droit exclusif*. Que si on veut caractériser ces relations comme droits de la personnalité, parce qu'elles sont établies par le simple arbitraire de la personne, on devra en faire autant par rapport à l'occupation des choses sans

(85) V. à ce sujet STOBBE l. c. p. 10.

maître, et ranger la propriété de ces choses sous le point de vue du droit de la personnalité, parce que c'est la personne comme telle qui a le droit d'occuper. Celui-là seul commet une atteinte au droit d'occuper de la personne, qui empêche un autre *d'exercer* ce droit, et non celui qui lui enlève le *produit* de l'exercice *effectué*. Celui qui m'empêche d'acheter un billet de théâtre, attaque ma personnalité, celui qui m'enlève le billet acheté, n'attaque point ma personnalité, mais mon droit concret. Il en va exactement de même de la propriété incorporelle. Celui qui veut empêcher un marchand de prendre une firme contre l'adoption de laquelle il n'y a aucun obstacle juridique, commet une atteinte au droit de sa *personnalité*. Celui qui use de la firme que ce marchand a choisie, n'attaque pas la personnalité de ce dernier, mais son *droit concret*.

La propriété incorporelle se trouve donc dans le même rapport avec le droit de la personnalité que la propriété corporelle. La seule circonstance qui a pu induire en erreur à cet égard est que les objets sur lesquels elle porte ne sont pas de nature sensible. Mais on aurait grand tort de soutenir que tout ce qui n'est pas sensible doit être renvoyé au droit de la personnalité. Celui qui voudra se rendre compte de ce fait que le droit accorde absolument la même protection à la relation exclusive de l'ayant-droit avec les choses immatérielles qu'au rapport du propriétaire avec les choses matérielles qui lui appartiennent, ne s'embarrassera guère de leur nature immatérielle pour admettre un droit sur ces choses. Ce n'est vraiment pas trop exiger de la pensée juridique que de lui faire transporter la notion de droit des objets corporels aux objets incorporels, aux noms, aux marques, aux produits de l'intelligence, aux inventions etc. Celui dont la conception ne va point jusque là n'a qu'à cesser d'être juriste. La pensée juridique doit pouvoir se dégager des liens de la nature sensible.

Les explications qui précèdent constituent la justifica-

tion de ce que j'ai dit (p. 145 note 77), savoir que la désignation du droit d'auteur comme *droit individuel* est inexacte et prête à l'erreur. Cette désignation a pour but de rendre l'idée que c'est uniquement par son propre fait que l'individu s'est procuré la propriété du produit intellectuel qui en est résulté. Mais cette idée n'est pas rendue, car l'expression employée fait plutôt croire que le droit en question se rattache encore à celui qui l'a créé, qu'il n'est point séparé de lui. On pourrait, avec tout autant de raison, appliquer cette expression à la propriété obtenue par occupation ou par spécification, car l'individu n'est également redevable de ce droit qu'à son propre fait. Mais le droit qu'il s'est ainsi acquis, n'est plus enfermé dans sa personnalité comme telle, il s'en est séparé comme tous les autres droits concrets. Il en est tout-à-fait de même du droit d'auteur et de tous les autres cas de propriété intellectuelle. Il y a là des droits devenus *concrets* et si, pour les protéger, nous faisons appel à l'*act. injur.*, ce n'est pas sa fonction abstraite par laquelle elle concerne la personnalité, qui peut y trouver son application, mais la fonction concrète qui, ici comme dans tous les cas de lésion injurieuse, a pour base un droit concret.

J'ai établi plus haut que cette hypothèse se réalise dans la lésion de la propriété intellectuelle. Je n'ai pas besoin de démontrer que l'action possède la portée nécessaire pour satisfaire complétement les intérêts qui sont ici en jeu. Comme je l'ai expliqué ci-dessus (p. 99 ss.), elle joint à la fonction *économique* de réparer le dommage, la fonction *idéale* de donner satisfaction pour la lésion éprouvée et la fonction *prophylactique* d'assurer contre le retour des atteintes pour l'avenir. Dans bien des cas de violation de la propriété intellectuelle, il s'agira uniquement de ces deux derniers buts, p. ex. dans l'exposition ou la vente, de la part du photographe, des photographies de personnes privées, sans avoir obtenu l'autorisation de ces personnes. Un intérêt économique peut même faire totalement défaut

pour les violations du droit d'auteur. Il suffit p. ex. de se reporter au cas où l'auteur n'a point eu d'honoraires et n'a fait imprimer son livre que pour ses amis([84]). Mais la protection de la propriété corporelle elle-même n'est pas subordonnée à l'existence d'un intérêt économique. Des objets que personne ne paierait un centime, p. ex. des souvenirs d'une personne aimée, des lettres d'elle, un vieux chien, peuvent avoir une grande valeur pour moi, m'être très-chers. Sera-ce un motif pour m'en refuser la revendication? Le principe de la *pecuniaria condemnatio* de la procédure formulaire de Rome ne mettait lui-même aucun obstacle à pareille revendication. Le but était atteint au moyen de l'*arbitrium judicis de restituendo*. Si le défendeur ne donnait aucune suite à l'*arbitrium* du juge, il était condamné, dans la *sententia*, à payer l'indemnité pécuniaire fixée par le demandeur au moyen du *jusjurandum in litem*. C'était là, il est vrai, *de l'argent*, mais non la *valeur pécuniaire de la chose*. L'indemnité avait ici le même but que dans l'*act. injur.*: donner satisfaction du chef d'une lésion injurieuse (p. 50 note 30).

Voici les rapports de notre droit actuel où l'*act. injur.* s'applique dans le but indiqué. Il suffira, pour la plupart, d'une simple énumération. Pour quelques-uns, je désire ajouter des remarques explicatives qui auront surtout pour but de les distinguer des autres formes de la propriété intellectuelle.

Ce sont :

1. *Le droit d'auteur*.

2. *Le brevet d'invention*.

L'invention se trouve sur la même ligne que le produit intellectuel, en tant que, comme celui-ci, elle est un fait intellectuel dont les fruits sont assurés à son auteur par le droit. Mais la forme est différente dans les deux cas.

([84]) Il résulte de là que la conception du droit d'auteur comme droit patrimonial est trop étroite. V. en ce sens STOBBE l. c. p. 12-24,

Pour les productions de l'intelligence, la reconnaissance du droit s'opère *abstraitement*, au moyen d'une *règle du droit;* pour les inventions, elle s'opère *concrètement*, au moyen d'une disposition de l'*autorité administrative* (brevet d'invention). Je ne puis accepter que l'on assimile le droit de l'inventeur aux droits d'auteur([85]). La différence de la forme est trop importante sous le rapport juridique pour qu'on puisse se passer d'une distinction.

3. *La propriété intellectuelle sur les lettres.*

Par l'envoi d'une lettre, le destinataire obtient la propriété du papier, mais non la propriété intellectuelle, comme on l'a nommée très-exactement pour la distinguer de la propriété corporelle, c.-à-d. le droit de publication. Ce droit reste plutôt à celui qui a écrit la lettre ou à ses héritiers; la publication de cette lettre sans leur consentement donnerait lieu à l'*act. injur.*([85a]).

([85]) Comme le fait STOBBE l. c. p. 34. Je ne puis approuver, au surplus, la manière dont il cherche à distinguer l'invention de la production intellectuelle. Il dit : « l'invention est un fait extérieur; seule, elle « n'implique pas encore un droit, tout comme le poète qui a conçu le « sujet de son œuvre, mais ne lui a pas donné une forme déterminée, n'a « pas encore de droit d'auteur. Ce qu'est la *forme* pour un ouvrage litté- « raire, la *reconnaissance de l'État* l'est pour l'invention ». La production littéraire est exactement le même fait extérieur que l'invention, et l'inventeur ne doit pas être assimilé au poète qui *cherche* une forme pour ses idées, mais à celui qui l'a *trouvée*. Tous deux ont complétement achevé leur œuvre. Mais devant cette création achevée, le droit prend, dans les deux cas, une position différente. Dans l'un, il lui reconnaît la protection *abstraitement*, au moyen d'une règle du droit, dans l'autre, il ne le fait que par un acte *concret* de l'*autorité administrative*. Autrefois, ce dernier acte était nécessaire même pour les productions de l'intelligence (priviléges). Alors la position de l'écrivain n'était pas autre que celle de l'inventeur de notre époque. Le progrès accompli quant à lui n'est point que la *forme* remplace la reconnaissance de l'État, mais que celle-ci est donnée par une *règle du droit* pour les productions intellectuelles, et par une *disposition concrète* (brevet) pour les inventions. La nécessité de la forme, c'est-à-dire de l'expression saisissable, achevée, de la pensée existe au même degré pour toutes deux.

([85a]) [V. en ce sens A. STOFFEL. Des lettres missives en droit français.

Ce droit a aussi été rangé sous le point de vue du droit d'auteur[86], mais il y a lieu, à mon avis, de bien distinguer également. Le droit d'auteur, dans le sens que le langage donne à ce terme, a pour objet des écrits composés *dans le but d'être publiés*, dans lesquels l'auteur entend parler *au public*. Les lettres, au contraire, sont adressées à *une seule* personne et ne sont *destinées* que pour elle; l'idée d'une publication ultérieure est, en règle générale, absente. Si, par rapport aux lettres, le droit interdit la publication sans l'autorisation de l'auteur ou de ses héritiers, la considération qui le guide est toute autre que pour des écrits qui sont, dès le principe, destinés à la publicité. Il ne s'agit point, comme pour ces derniers, de garantir la publication, mais tout au contraire de garantir contre la publication. Celui qui compose des écrits veut la publication, mais il entend la faire *lui-même;* celui qui écrit une lettre repousse cette publication, il n'entend point que les manifestations de sa pensée, qu'il a confiées à une seule personne, soient connues du public entier. Bref, la considération qui sert de base à la prohibition de publier des lettres, est la *garantie* contre un acte d'*indiscrétion*. La publication par la presse n'est pas la *seule* forme, mais une des formes sous lesquelles cette indiscrétion peut se commettre. Celui qui montre à d'autres, laisse copier, lit dans une réunion publique, une lettre dont le secret lui

---

Thèse de doct. Nancy 1886 et les auteurs qu'il cite, notamment LAMARTINE (Œuvres T. XIV édit. Firmin Didot 1859; Études oratoires T. II p. 17) et RENOUARD (Droit d'auteur T. II n° 369 et p. 295). « Le droit de publier « sa pensée, a dit Jules Favre (Gazette des tribunaux 7 décembre 1864) « est de tous les droits le plus personnel, celui qui admet le moins le « partage, parce que c'est celui qui tient le plus intimement à l'indivi- « dualité humaine ». — Le caractère *injurieux* de la publication non autorisée de lettres confidentielles a été clairement indiqué dans les motifs de l'arrêt célèbre de la cour de Paris, du 10 décembre 1850 (Dall. pér. 1851. 2. 1. Pas. fr. 1850 2. 429 (625). rendu à propos de la correspondance de Benjamin Constant et de Me Récamier.]

(86) STOBBE l. c. p. 26.

était imposé par son auteur, commet à tous égards la même indiscrétion que celui qui la fait imprimer. D'où suit que l'invocation du droit d'auteur, lequel concerne uniquement le cas de la *reproduction mécanique*, ne couvre point l'intérêt mis en jeu dans les lettres. Je puis, dans une réunion publique, lire un livre, mais non une lettre contenant des informations qui sont destinées à moi seul et dont la publication découvrirait peut-être l'auteur de la manière la plus sensible. Je pense qu'on ne peut davantage, en sens inverse, appliquer d'une manière absolue les dispositions sur le droit d'auteur (contrefaçon), à la publication de lettres, sans autorisation préalable de leur auteur. Les ouvrages écrits ne peuvent être publiés par d'autres que par leur auteur, ou par celui auquel il en a cédé le droit. En dira-t-on autant du cas où le destinataire publie une lettre dans laquelle un voyageur, ou un soldat ayant pris part à une bataille, donne un renseignement qui a le plus grand intérêt pour le public? De simples lettres de quelques lignes sont-elles des *ouvrages écrits*, des *manuscrits*, dans le sens de notre loi sur le droit d'auteur? Assurément non. L'intérêt décisif dans la question de leur publication, n'est point l'intérêt *littéraire* de la qualité d'auteur, ni l'intérêt *économique* du profit personnel que l'on peut tirer du produit de son intelligence, mais l'intérêt *purement personnel de la crainte de la publicité*. Celui qui imprime dans un journal une simple lettre sans désignation du nom de son auteur tient parfaitement compte de cette crainte et ne commet rien d'illicite. Celui qui fait exactement la même chose par rapport à un ouvrage imprimé qu'un autre a publié, ou à un manuscrit qu'un autre a composé, commet une contrefaçon.

Cette différence de la propriété intellectuelle sur les lettres avec le droit d'auteur, se vérifie aussi historiquement, notamment dans cette circonstance que la première était depuis longtemps reconnue par la doctrine avant

qu'il fût seulement question d'un droit d'auteur[87]. Ce droit n'a commencé à se développer qu'avec l'art de l'imprimeur et on sait combien ce développement a été laborieux et lent. Les Romains aussi, n'auraient guère eu de scrupule à ranger sous le point de vue de l'*injuria*, la communication non-autorisée d'une lettre. Je renvoie, à cet égard, au cas de la lecture illicite du testament, d'après la L. 41 pr. ad leg. Aq. (9.2) *secreta judiciorum* (*epistolarum*) *publicare*. Telle est donc, à mon avis, la distinction qu'il y a lieu d'établir entre la propriété intellectuelle des lettres et celle des ouvrages écrits, pour repousser l'applicabilité à la première du droit d'auteur. La question de savoir dans quelles limites cette propriété doit être reconnue et protégée est une pure *question d'intérêt* qui doit être abandonnée à l'appréciation du juge. Un formalisme pur qui voudrait prendre pour base la règle : une lettre est une lettre, conduirait aux résultats les plus absurdes, aux mêmes résultats où conduirait, en matière de propriété corporelle, la règle : une chose est une chose (p. 79), ou, en matière de possession, l'assimilation des actes indifférents sur une chose d'autrui, aux actes relevants (p. 75). Sans la considération de l'intérêt, le droit ne peut aboutir. Là où il voudrait dépasser les limites tracées par l'intérêt, il tomberait dans les absurdités de la jurisprudence transcendante (p. 79).

Le droit d'auteur lui-même témoigne de cette influence déterminante de l'intérêt. Qu'il me suffise de renvoyer aux dispositions de la loi de l'Empire allemand du 18 juin 1870 § 7 (« Ce qui ne doit pas être considéré comme contrefaçon »). Sous une appréciation purement formaliste du droit d'auteur, les quatre cas cités dans ce § tomberaient incontestablement sous la notion de la contrefaçon. Il ne

---

(87) V. les preuves dans E. STEINBACH *Das Eigenthum an Briefen nach österr. Recht* dans les *jurist. Blätter* de Vienne 1879 nº 14 ; elles remontent jusque Bartole.

saurait davantage être douteux que la considération de l'intérêt doit également être prise pour base dans la question de la propriété des lettres. La publication de lettres, sans l'autorisation de leur auteur ou de ses héritiers, n'engendre pas l'*act. injur.* d'une manière absolue, mais seulement dans le cas où cette publication a lésé un intérêt (économique ou personnel)([87a]).

4. *Photographies privées*([88]). Un photographe, peut-il, sans autorisation, exposer à sa vitrine, ou vendre, la photographie d'une personne privée, dont il a fait le portrait? Juridiquement, la question se présente comme dans le cas ci-dessus. Le destinataire a la propriété corporelle des lettres, le photographe celle des clichés, mais pas plus que la première ne donne le droit de publier la lettre, la seconde ne donne celui d'exposer publiquement ou de vendre les photographies. La lettre n'est destinée qu'au destinataire, la pose photographique n'a lieu qu'en vue d'obtenir l'épreuve. Ni celui qui a écrit la lettre, ni celui qui a commandé la photographie ne doivent donc tolérer un usage différent de celui qu'ils ont eu en vue. C'est en ce sens qu'on peut accorder la propriété intellectuelle de la lettre à son auteur et celle de la photographie à celui qui l'a commandée. Le photographe qui agirait comme il est dit ci-dessus commettrait une lésion injurieuse et s'exposerait à l'*act. injur.* Il est, à la vérité, bien des gens que ce fait touche peu, mais d'autres trouveront mauvais

---

([87a]) [La doctrine et la jurisprudence française admettent que lorsque les lettres missives n'ont ni caractère confidentiel ni valeur scientifique ou littéraire, le destinataire a le droit de les publier. Pareille publication, en effet, ne lèse aucun intérêt. V. STOFFEL l. c. pr. 147. — V. sur une question récemment soulevée en France : A. VOILLAUME et CH. DARANTIÈRE, Droits du mari sur la correspondance de sa femme. Paris Dentu 1888. Appendice p. 105 et ss.]

([88]) Cette expression est choisie pour distinguer les photographies qu'une personne privée se fait faire, des reproductions photographiques d'œuvres d'arts. A ces dernières s'appliquent les dispositions du droit d'auteur, bien entendu, en tenant compte du point de vue de l'intérêt.

que leur photographie, celle de leur femme ou de leur fille soit mise en vedette à une vitrine d'étalage ou soit placée dans l'album de personnes auxquelles ils ne l'auraient jamais remise. Pour les assurer contre un pareil abus, on devra même leur accorder le droit de demander la destruction du cliché. Après en avoir fait usage, le photographe n'y a plus droit. L'argument qu'il tirerait de sa propriété corporelle ne serait pas mieux accueilli par le juge que la prétention similaire du locataire qui refuserait de remettre au bailleur, après l'expiration du bail, la clef qu'il s'est fait faire pour la porte d'entrée de la maison louée.

[Un jugement du *tribunal de Louvain, du 28 avril* 1876 (Jur. des trib. belges, t. 28, p. 474) rendu à propos d'une question de partage de succession a reconnu que le droit du photographe sur les clichés de portraits qu'il a faits consiste uniquement dans un droit conditionnel de reproduction; que les éléments principaux de la valeur des clichés photographiques sont la date récente des clichés, la fortune du modèle et son désir de se faire reproduire plus ou moins souvent. La jurisprudence française offre deux exemples des limites du droit de reproduction des portraits : 1° Un jugement du *tribunal de la Seine du* 11 *nov.* 1859 (Gaz. des trib. 14 et 15 nov. 1859) a décidé que les héritiers d'une personne décédée peuvent toujours s'opposer, non-seulement à ce que le portrait de cette personne soit mis en vente, mais encore à ce qu'il fasse l'objet d'une publicité quelconque, à aucun titre, alors même que, de son vivant, elle en aurait autorisé la vente et la publicité. Il s'agissait du portrait d'une jeune femme qui, connue dans un certain monde par les scandales de son existence, avait plus tard rompu avec son passé et était morte dans les sentiments du plus sincère repentir; 2° un arrêt de la *Cour de Paris du* 25 *mai* 1867 (Pas. fr. 1868, 1, 216). Alex. Dumas père et une actrice avaient posé dans diverses attitudes, chez un photographe. Celui-ci envoya gratuitement un certain nombre d'exemplaires chez Al. Dumas et en fit exposer d'autres aux vitrines des marchands d'estampes. A. Dumas lui intenta une action, mais il fut repoussé en première instance, à cause de son consentement. En appel, il

demanda la destruction des clichés dont il offrait le prix, et la Cour, tout en reconnaissant qu'il y avait eu convention tacite, reconnut que pareille convention est révocable, « n'étant qu'une « simple tolérance dont mille circonstances peuvent rendre « impossible la continuation, l'effet même de la publication « pouvant avertir celui qui l'a permise, qu'il a oublié, en « l'autorisant, le soin de sa dignité, lui rappeler que si la vie « privée doit être murée dans l'intérêt des individus, elle doit « l'être aussi, souvent, dans l'intérêt des mœurs et du respect « que chacun doit à l'opinion publique. »]

Ce que nous venons de dire des photographies s'applique aussi au fait du peintre d'exposer à des expositions publiques, sans l'autorisation de celui qui les a commandés, des portraits ou des reproductions photographiques de ces portraits.

5. *Echantillons et modèles.*

6. *Signes et marques.*

7. *Le nom commercial* (firme).

8. *Les armoiries.*

Elles forment un droit exclusif de la famille à laquelle elles appartiennent, et il doit être loisible à tout membre de cette famille de s'opposer à ce qu'elles soient prises sans droit[89]. Dans ce cas, il s'agit moins des armoiries, que du fait d'*appartenir à la famille*, dont elles sont la manifestation. Aussi cela ne peut-il être étendu au *sceau*, que chacun est libre de prendre.

9. *Le nom privé.*

La question de savoir si le nom *commun* ou *privé* (par opposition au *nom commercial*, à la *firme* garantie contre toute autre adoption, par l'enregistrement dans les registres du commerce, matière pour laquelle je renvoie au droit

---

[89] Le droit d'intervention de l'autorité dépend de la question de savoir si le mot : *prédicat de noblesse*, dans l'art. 360, n° 8 du Code pénal allem ; doit ou non être littéralement restreint aux prédicats *verbaux* de noblesse. Je crois, pour ma part, que les armes aussi y sont comprises, car elles témoignent (*praedicere*) tout aussi bien de la noblesse, que les mots: *de*, *Baron*, *Comte*.

commercial) forme également l'objet de la propriété intellectuelle, c.-à-d. si le porteur du nom est en droit d'empêcher qu'un autre ne le prenne, est une question, et comme on sait, une question controversée([90]). Il suffit de songer aux conséquences d'un tel droit, considéré comme exclusif, pour se convaincre que l'idée en est absurde. Quand Schmidt prend le nom de Meier, ou Meier celui de Schmidt, tous les Meier ou tous les Schmidt, selon le cas, pourraient-ils s'y opposer? Dans quel but? Aucun intérêt n'est ici en jeu. Il peut être tout-à-fait indifférent aux porteurs de ces deux noms, qu'il y en ait un de plus. Il en arrive autant à chaque naissance dans une famille. A côté de ces noms extrêmement répandus, il y a, à la vérité, des noms au droit exclusif desquels le porteur attache avec raison une grande valeur : noms historiques dans la politique, dans l'art, dans la littérature, qui appartiennent peut-être à bien peu de personnes, types uniques dans le monde des noms. Mais, même pour ces noms, je me ferais scrupule d'admettre un droit exclusif. La seule voie qui reste ouverte au porteur, pour sauvegarder son intérêt serait, à mon avis, d'en saisir l'autorité administrative, soit, en cas de port indû de ce nom, par une dénonciation à la police, soit en cas de modification projetée du nom, par une réclamation auprès du gouvernement, qui doit approuver ce changement([91]).

([90]) V. à ce sujet STOBBE l. c. p. 52 note 7 et les citations faites dans la décision du Reichsgericht, insérée dans les *Entscheidungen in Civilsachen* V. n° 45.

([91]) Le droit français prescrit, dans ce but, la publication des demandes de changement de nom, et ouvre le droit d'opposition à chacun pendant un an. C'est le moyen le plus court, assurément, pour ménager les intérêts des personnes que la chose concerne. [La législation française, sur ce point, est restée en vigueur en Belgique, et la Cour de Cassation a décidé le 7 avril 1888 que le pouvoir judiciaire ne peut ni confirmer, ni réformer les autorisations administratives lorsqu'elles n'impliquent point une question d'état. L'arrêt de la Cour suprême de Belgique est intéressant à consulter (V. Pas. b. 1888. 1. 166). Le ministère public avait dit ce qui suit au sujet de la nature du droit au nom. « Le nom de famille *ne*

Il en est tout autrement lorsque le port non autorisé du nom a pour but d'induire les tiers en erreur sur l'*identité de la personne*, lorsque celui qui porte ce nom sans droit se fait passer pour le vrai porteur du nom. Ici, il ne s'agit plus du simple nom, mais de l'intérêt le plus légitime de son porteur; celui d'empêcher qu'un tiers ne s'approprie la *position* que le nom lui donne. Une chanteuse obscure, qui prend le nom d'une cantatrice célèbre, ne trompe pas seulement le public, elle compromet la réputation de cette dernière, elle essaie de s'approprier, à l'aide de ce nom, les avantages qu'il permet d'escompter. Ce n'est pas du *nom*, c'est de la *réputation* de celui qui porte ce nom qu'il est ici question. S'il n'y avait point de protection contre ce fait, chacun pourrait, sous le nom d'un autre, commettre les choses les plus déshonorantes. Un chevalier d'industrie s'inscrirait dans le livre des étrangers sous le nom d'un homme célèbre, puis il gagnerait le large. Que

---

« *constitue pas une propriété*, dans le sens juridique du mot, qui « trouve son fondement et la règle de son exercice dans le Code « civil; il ne tombe pas dans le commerce, il nous est interdit d'en « trafiquer. Il échappe à toute espèce de transaction. Étranger au « patrimoine, il n'ajoute rien à nos richesses, comme il n'entre pas « dans le gage de nos créanciers, attendu qu'il n'est ni un bien réel, « ni un droit de créance..... Le nom est entré dans l'état civil de « chaque citoyen, pour en faire partie intégrante. L'enfant le trouve « dans son berceau, à sa naissance, il lui est transmis avec le sang de son « père, par l'autorité de la loi; *il s'incorpore dans son individualité, à ce* « *point qu'il ne peut s'en séparer*; c'est le seul bien qu'il nous est impos- « sible d'abdiquer. *Le nom que la loi nous impose n'est pas érigé par elle* « *en propriété civile.* » Il faut regretter que la cour suprême n'ait point suivi, sur ce point, l'organe du ministère public, et qu'elle ait cru devoir admettre encore que le nom patronymique est *une propriété* de la famille qui le porte. Elle ajoute, il est vrai, que cette propriété, n'a par elle même, aucun des caractères de la propriété des biens meubles et immeubles, réglée par le Code civil. Il nous est impossible de concilier ces deux propositions. Dire que le nom est une propriété, mais que cette propriété n'en est pas une, c'est donner d'une main et reprendre de l'autre. Il eût mieux valu, dans l'intérêt de la correction et de la précision du langage juridique, laisser résolument tomber cette prétendue propriété que l'on trouve trop souvent invoquée dans les décisions des tribunaux.]

ces faits donnent lieu à une poursuite criminelle, il n'importe; la personne privée doit avoir la faculté d'agir, par la voie civile, contre l'abus qu'on fait ainsi de son nom.

Ce n'est donc pas le nom qui est *décisif*, mais bien la *réputation* qui s'y attache. Quand la chanteuse Bertha Schultze se présente sous le nom de Lina Meier, aucun homonyme inconnu ne pourra réclamer contre le port indû de ce nom; l'intérêt de la réputation attachée au nom fait défaut. C'est une preuve nouvelle du principe que j'ai démontré par tant d'exemples dans le cours de ce travail([92]), que les droits trouvent dans l'intérêt leur fin et leurs limites. Si, d'autre part, quelqu'un publiait sous le nom de Gustave Freytag, une continuation du roman : *Die Ahnen*, le célèbre auteur aurait assurément le droit de réclamer([92a]).

La théorie ne peut fonder le droit aux noms que sur la naissance et le baptême, d'où suit qu'elle ne peut accorder protection qu'aux noms de *famille* et aux noms de *baptême* et non pas aux noms adoptés. On peut voir où cela mènerait par le procès, devenu si célèbre dans l'histoire littéraire

([92]) Touchant pour la dernière fois cette *zône neutre*, cette région morte des droits, je réunis ici tous les cas d'application : Possession (p. 75), propriété (p. 78), droit de chasse (p. 81, et distinction des animaux qui sont ou non considérés comme gibier), droit sur les lettres (p. 154 s.), droit d'auteur p. (157).

([92a]) [V. *Cass. fr.* 6 *juin* 1859 (Pas. fr. 1859. 1.657). Le photographe Tournachon, qui avait acquis une certaine célébrité sous le nom de *Nadar*, avait été associé avec son frère sous la raison sociale *Tournachon Nadar et Cie*. L'association rompue, il fit faire défense à Tournachon de se servir encore du nom de *Nadar*, devenu sa propriété. V. aussi un arrêt de la cour de *Paris du* 30 *décembre* 1868 (Pas. fr. 1869. 1.598; Dall. pér. 1869. 2.224). Le directeur de l'hippodrôme avait annoncé pour une dâte déterminée une représentation dans laquelle devait figurer un acrobate auquel il donnait le nom de *Blondin*. Or, ce nom a été rendu célèbre par un certain Gravelet dont les journaux du monde entier ont raconté les exercices sur une corde tendue au-dessus des chutes du Niagara. Le sieur Gravelet crut devoir intenter une action en dommages-intérêts au directeur de l'hippodrôme, et le tribunal, dont la décision fut confirmée en appel, lui alloua 500 francs.]

allemande de : *Henri Clauren contre Wilhelm Hauff. Henri Clauren* était un pseudonyme ; le nom de baptême de celui qui le portait était *Karl Gottlieb Heun*. Sous ce nom de *Henri Clauren*, et en vue de persifler la manière douce-reuse et sentimentalement immorale de cet auteur, Hauff publia son livre : *Der Mann im Mond* (l'homme dans la lune). L'action que lui intenta Heun fut accueillie. Si le juge s'était laissé guider par une conception purement formaliste du droit au nom, c.-à-d. au nom de baptême, il aurait répondu au demandeur : Vous n'avez aucun droit au nom de *Heinrich Clauren*. Ce n'est pas là votre nom de naissance, mais un nom de fantaisie, pris sans autorisation de l'autorité. Vous l'avez pris arbitrairement, le défendeur le pouvait aussi bien que vous. En revanche, ce même juge aurait dû donner à toutes les personnes qui portaient réellement le nom de *Heinrich Clauren* une action contre leur faux homonyme([92b]). Les deux décisions eussent été aussi fausses l'une que l'autre. Le nom d'écrivain ne devient ce qu'il est que grâce à celui qui le porte, il est le fait littéraire de celui-ci. Celui qui s'approprie ce nom porte atteinte à sa réputation, peu importe qu'il ne compromette que son intérêt *personnel* ou qu'il compromette en même temps son intérêt *économique*. Contre un marchand ou contre un savetier qui aurait pris le nom de *Heinrich Clauren*, ce dernier n'aurait pu intenter une action, pas

---

([92b]) [V. en ce sens un jugement du *tribunal de la Seine du* 30 *mars* 1882 Pas. fr. 1884. 1.431). Un certain MORIN avait publié, sous le pseudonyme de MIRON, des ouvrages intitulés : *Jesus réduit à sa juste valeur. Examen du christianisme. — Séparation du spirituel et du temporel.* Il se trouva deux personnes du nom de MIRON qui trouvèrent que les tendances de ces écrits, comme la forme violente dans laquelle les idées en étaient exprimées, étaient en contradiction flagrante avec les traditions connues de leur famille et qu'il était de leur devoir de mettre fin à un abus de nature à nuire à la considération qui s'attachait au nom qu'il portaient et de faire cesser une confusion fâcheuse. Le tribunal admit que l'emploi de ce nom avait pour conséquence la possibilité d'une confusion et interdit à Morin de faire usage, désormais, du nom de Miron.]

plus qu'en sens inverse, un marchand ne pourrait agir contre un écrivain qui aurait adopté son nom. Le danger que l'usurpateur du nom s'approprie les avantages particuliers (littéraires, commerciaux) attachés à ce nom, n'existe en aucun des deux cas.

Ce n'est donc point le baptême *religieux* qui est décisif pour le droit au nom, mais le fait propre de celui qui le porte. C'est le second baptême qui seul a fait rayonner ce nom dans les sphères du commerce, des arts et des sciences, auxquelles il emprunte sa valeur. Le nom seul n'est qu'un simple son, semblable à tout autre son; il n'obtient une valeur que par ce qu'il *signifie*. C'est pourquoi le simple port de mon nom ne contient pas une atteinte à mon droit, car il n'en résulte aucun préjudice à la signification que ce nom a pour moi. Il y a des millions de gens qui portent le même nom, y compris même le prénom, mais pour chacun d'eux ce nom a une *signification* distincte. On ne peut mettre obstacle à cette similitude de noms; tout le monde doit s'y résigner. Mais nul ne doit souffrir qu'un autre s'approprie la *signification* que ce nom a pour lui c.-à-d. qu'un autre se fasse passer pour lui, et le cas cité de plusieurs personnes portant identiquement le même nom, prouve qu'il ne suffit point pour cela de porter le même nom. Le porteur de mon nom, qui se fait passer pour moi commet contre moi le même délit que celui qui s'affuble indûment de mon nom dans le but de se faire passer pour moi. Le nom, en effet, comme tel, ne fait rien à la chose. Le seul point décisif est la tentative de tromper sur l'*identité de la personne*. Or, cela peut se faire tout aussi bien sans prendre le nom d'autrui. Quelqu'un peut se faire passer pour moi, même sans prendre mon nom, p. ex. en profitant, sans donner aucun nom, de l'erreur d'une personne qui le confond avec moi.

Ces considérations vont nous permettre d'apprécier exactement certaines décisions de tribunaux nationaux et étrangers qui semblent inconciliables avec notre opinion

que par les voies civiles, on ne peut poursuivre un droit au nom(93). Dans toutes ces espèces, il s'agit moins du *nom comme tel*(94), que de la prétention d'*appartenir à une famille déterminée*, manifestée par le port indû de ce nom. La femme qui s'est unie à un homme de haute noblesse par un mariage nul comme contraire aux lois de la famille, et qui continue après la mort de son époux, à porter le nom et les armes de ce dernier, l'enfant naturel d'un noble qui s'approprie le nom de celui-ci, veulent paraître appartenir à une famille déterminée, alors qu'en réalité ils n'y appartiennent pas. C'est à bon droit que dans ces cas les tribunaux ont interdit le port du nom. Le fait que les noms en question étaient nobles est sans aucune importance. Dans les mêmes circonstances, le même droit d'agir doit appartenir au bourgeois, notamment quand quelqu'un veut, par le port de son nom, faire croire

---

(93) Décisions de tribunaux supérieurs du droit commun, dans SEUFFERT Archiv. VI. 6 (Darmstadt), XVII. 3 (Munich), XIX. 114 (Celle), du Reichsgericht, dans les *Entscheid. des Reichsg. in Civilsachen* II. 39.

(94) Le défaut de renseignements sur le jugement de Munich XVII. 3. ne permet point de juger des faits de la cause, mais la proposition qui y est avancée, que le nom de famille forme un droit inviolable, est tout-à-fait insoutenable dans ces termes généraux. L'auteur ne s'est guère représenté les conséquences de sa doctrine. Schutze, Meier, Müller, Schmidt sont aussi des noms de famille. Chacun de ceux qui les portent a-t-il le droit d'interdire à un autre de les prendre? Tous les Taylor de l'Angleterre auraient-ils une action contre l'écrivain allemand connu qui écrit des romans sous ce nom? [Je regrette de devoir constater que les décisions de justice et les auteurs, en France, se servent continuellement, en cette matière, de termes impropres. Ainsi CALMELS (Des noms et marques de fabrique chap. 2 nº 113 p. 73), dit que les noms de famille constituent, pour ceux auxquels ils appartiennent, la *propriété la plus absolue*. Les arrêts ne manquent presque jamais de déclarer que le nom constitue une *propriété*. Or, un nom n'est pas une propriété dans le sens juridique, ce n'est qu'un signe distinctif. L'individu et son individualité sont inséparables, et le nom n'est qu'une partie de cette individualité. Certes son nom lui appartient, dans le sens vulgaire de ce mot, de la même façon que lui appartiennent ses bras et ses jambes, mais c'est faire abus des mots que de parler ici de propriété dans le sens juridique. Comp. JHERING Interd. poss. Paris 1882 p. 124 ss. et Esprit du D. R. T. IV note 534).]

à un lien de parenté naturelle qui, juridiquement, n'existe point. Celui dont le fils a vécu en concubinage avec une femme, ne doit pas souffrir que, par le port de son nom, celle-ci se gère en public comme sa belle-fille et que les enfants de cette union se gèrent comme ses petits-enfants. Ici, le nom n'est pas considéré comme tel, mais comme prétention à un rapport de parenté. Cette prétention est même possible sans le port du nom, et elle peut aussi, en cas d'identité des noms, être sans fondement. Dans les deux cas, il ne peut être défendu à personne de décliner un rapport de parenté avec des personnes dont il n'est point parent. Preuve que dans les cas ci-dessus, ce qui forme l'objet du débat, ce n'est pas le nom comme tel, mais la prétention, manifestée par le port de ce nom, d'appartenir à la famille.

En pareil cas, il peut se faire que le droit du défendeur au port du nom soit réellement douteux. L'action devrait alors, selon la terminologie romaine, recevoir le nom d'ACTION PRÉJUDICIELLE, selon la terminologie allemande celui de : *Feststellungs Klage* (action en constatation). Cela revient à dire, au fond : le juge aurait uniquement à prononcer sur le déni du droit, et non sur la peine. Il peut se faire aussi que le défaut du droit du défendeur soit tel qu'il doive nécessairement en avoir conscience. Dans ce cas il y a lésion injurieuse et le juge saisi d'une *act. injur.* intentée dans ces conditions, n'aurait pas seulement à prononcer le déni et l'interdiction de porter ce nom à l'avenir, mais encore une peine (dommages-intérêts), lorsque celle-ci est réclamée par le demandeur.

[Voici encore quelques décisions intéressantes de la jurisprudence française en matière de noms. *Paris 20 mars* 1826 (Pas. fr. à sa date). Un libraire avait publié en 1824 un ouvrage intitulé : *Mémoires de Joseph Fouché, duc d'Otrante, ancien ministre de la police générale*. La rédaction de ces mémoires pouvait faire croire qu'ils avaient été écrits par Fouché lui-même; les enfants de celui-ci les désavouèrent et en deman-

dèrent la suppression avec dommages-intérêts. Le tribunal ordonna comme réparation la suppression, et comme dommages-intérêts une somme à payer pour chaque exemplaire non représenté. La Cour d'appel confirma en partant de cette idée que le nom des familles est leur propriété exclusive, qu'à chacun de leurs membres seulement appartient le droit d'attacher ce nom à des productions de l'esprit ou de l'art, que l'emploi abusivement fait du nom d'autrui par l'attribution mensongère d'un ouvrage constitue ainsi une violation de propriété dont le préjudice ne peut être réparé que par la suppression de cet ouvrage. J'ai déjà dit ce que je pense de ces motifs. — *Paris* 20 *juillet* 1879 (Pas. 1880, 807). Le S[r] Valentino s'était engagé en 1837 comme chef d'orchestre d'un café-concert situé rue S[t]-Honoré à Paris. L'établissement portait à cette époque le nom de Concert S[t]-Honoré. Mais dans le public, dans les journaux même, on prit l'habitude d'appeler la salle où se donnaient les concerts du nom de Salle Valentino. Valentino mourut en 1861, mais il avait pris sa retraite depuis 1841, et le nom de Valentino, adopté par le public, reproduit sur les affiches et dans les journaux, gravé même sur le frontispice de la salle, était resté attaché à l'établissement. Ce concert devint ensuite une salle de bal, mais le nom resta. Les héritiers Valentino en demandèrent la suppression, et la décision du tribunal (confirmée en appel) établit que l'intérêt de leur demande n'est pas appréciable en argent mais « qu'il leur importe, à raison notamment « de leur situation sociale, d'obtenir la suppression des affiches et « prospectus qui, en donnant une grande publicité au Bal Valen- « tino, autorisent le public à considérer les héritiers Valentino « comme participant à la direction d'un établissement, qui « s'exploite, depuis un certain temps déjà, dans des conditions « dont la morale publique peut avoir à souffrir aujourd'hui. » On ordonna, en conséquence, la suppression du nom de Valentino du frontispice de la salle, des affiches, prospectus et insertions dans les journaux relatifs à la dite salle. — *Trib. de la Seine* 15 *février* 1882 (Pas. fr. 1884. 1. 428). Zola, le romancier bien connu, faisait publier, dans le journal *Le Gaulois*, son roman intitulé: *Pot-Bouille*, dont un des personnages nommé *Duverdy* et qualifié Conseiller à la Cour d'appel de Paris jouait un rôle peu louable. M. Duverdy, avocat à la Cour

d'appel de Paris, prétendit que la mise en action de ce personnage était de nature à rendre son nom odieux et ridicule, et le tribunal ordonna que le nom disparaîtrait du roman, en partant du principe que le nom patronymique constitue une propriété que chacun a le droit de défendre contre toute atteinte. On peut approuver la décision, mais pour un tout autre motif, c'est que la confusion des personnes était possible. Aussi le jugement ne manque-t-il pas de relever le rapprochement qui résulte du milieu judiciaire dans lequel se meut le personnage du roman. Quant à l'idée de propriété, elle était au moins inutile.]

XI. Obligation.

Notre droit actuel connaît une forme d'obligation qui était inconnue aux Romains : les *titres au porteur*. Récemment, on a agité dans les journaux deux questions qui les concernent et qui se prêtent à l'application de notre théorie de l'*act. injur.*

L'une de ces questions concerne les *billets de théâtre*. Elle a été soulevée dans l'espèce rapportée plus haut (p. 110). Le critique théâtral qui s'était vu refuser l'achat d'un billet, s'en était fait acheter un par une autre personne. Il fut renvoyé par le personnel de service avec l'observation que la direction avait donné la consigne de lui refuser l'entrée du théâtre.

Que la direction n'eût point ce droit, le doute à cet égard n'est guère possible. Certes, elle peut refuser à une personne déterminée tel ou tel billet de théâtre mais il ne lui appartient pas de refuser l'entrée à celui qui se présente muni d'un billet délivré par elle. En vendant ce billet, elle a contracté une obligation, qu'elle doit remplir à l'égard de tout détenteur, car les billets de théâtre sont des billets au porteur [94b]. Elle ne peut interdire

---

[94b] [Tous les auteurs qui ont écrit sur la législation des théâtres en France sont d'accord sur ce point. V. notamment Guichard, De la législation des théâtres en France. Paris 1880 p. 178. — Vivien et Blanc, Législation des théâtres. Paris 1830 p. 224 : On peut vendre le billet que l'on a acheté; le contrat n'ayant rien de personnel au spectateur, il peut se subroger qui bon lui semble.]

l'entrée que lorsqu'il existe, dans la personne du porteur, des motifs qui justifient son renvoi dans l'intérêt des autres spectateurs (p. ex. ivresse, habits indécents). En dehors de ce cas, elle commet, en le faisant, non seulement une simple contravention au contrat, mais une *lésion injurieuse*. C'est un acte d'arbitraire blessant, de mésestime ouverte d'un droit incontestable. L'*act. injur.* avec la fonction que j'ai développée, est alors indispensable; cela peut se passer de toute démonstration. Réparer le dommage pécuniaire (restituer le prix du billet de théâtre) n'est pas suffisant pour l'intérêt de l'ayant-droit; il faut lui donner une *satisfaction*. Or, une poursuite criminelle du chef d'injure aurait peu de chances de succès. Il ne reste donc que la voie privée de l'*act. injur.*; preuve nouvelle que cette action a une grande importance même dans le droit actuel.

[Les tribunaux français ont accordé des dommages-intérêts dans toutes les espèces que j'ai rencontrées et que je résume ici : *Trib. de commerce de Paris 27 février* 1837 (Gazette des trib., 27-28 février 1837) M. Schlesinger, éditeur de musique et rédacteur en chef de la *Gazette musicale*, désirait assister à la première représentation du *Postillon de Lonjumeau*, dans le but de rendre compte de cet ouvrage à ses abonnés. Il savait qu'un de ses amis avait la jouissance d'une loge, et lui demanda une place qui lui fut donnée. Mais lorsqu'il se présenta au contrôle avec un billet dûment signé par le concessionnaire de la loge, on lui dit que ce dernier n'avait la jouissance de cette loge qu'un jour par semaine et que ce n'était pas son jour. C'était un mensonge, car le titulaire de la loge s'y trouvait en ce moment même. M. Schlesinger se retira, mais à la sortie, il rencontra un de ses amis qui avait acheté et payé au bureau un billet de stalle. Il pria cet ami de lui céder son billet, et revint de nouveau réclamer son entrée dans la salle. Cette fois, le contrôleur déchira le billet et finit par déclarer à M. Schlesinger que la direction théâtrale l'avait consigné et qu'on ne lui permettrait jamais l'accès de la salle. La cause vraie de ce refus étrange était que, dans la *Gazette musicale*, M. Schlesinger avait

vertement critiqué l'administration. Il s'adressa à la justice et pour justifier le chiffre des dommages-intérêts qu'il réclamait, il fit valoir qu'il avait reçu un affront public par l'interdiction que le contrôleur lui avait notifiée verbalement avec une grossièreté révoltante. Le tribunal condamna l'administration du théâtre à 500 fr. de dommages-intérêts, à l'affiche du jugement au nombre de 50 exemplaires et à son insertion dans quatre journaux au choix du demandeur, le tout avec dépens. — On trouve des décisions pareilles, avec allocation de dommages-intérêts, au profit de personnes munies de billets de faveur ou de billets d'auteur (*Trib. de commerce de la Seine* 3 janv. 1839 (Gazette du 5) : 50 fr. — *Trib. civil* 20 *juin* 1861 (Gazette du 21) : 100 fr.) Le tribunal civil a accordé le 4 *janv.* 1861 (Gaz. du 5) 25 fr. de dommages-intérêts à une personne qui avait acheté au bureau deux *fauteuils* de galerie, et à laquelle on n'avait voulu délivrer que des *strapontins*. Enfin une décision toute récente du Juge de paix de Dijon, reproduite, d'après la Gazette du palais, par le Journal des tribunaux belges, du 12 avril 1888, a accordé 60 fr. de dommages-intérêts à un spectateur sorti pendant un entr'acte et à qui on avait refusé l'accès, bien qu'il représentât la contremarque qui lui avait été délivrée.]

La deuxième question concerne les *billets de retour* des chemins de fer. Les chemins de fer ont récemment défendu l'usage de ces billets de la part d'autres personnes que les voyageurs originaires, et la question de savoir s'ils avaient le droit de faire cette défense, a été l'objet d'une décision judiciaire ([94d]). Un employé du chemin de fer d'Anhalt avait vendu des billets de retour abandonnés par des voyageurs, au portier d'un hôtel de Halle, dans le but de les vendre à des voyageurs. Il fut poursuivi du chef de *complicité de fraude*. C'était déclarer cet usage du billet de retour entaché de fraude. Le voyageur qui s'était servi du billet de retour non acheté par lui, était prévenu de s'être géré comme l'acheteur originaire et de s'être

([94d]) [L'État belge a fait la même défense à l'époque où il a créé les billets de retour, mais il n'a jamais tenté d'en poursuivre la sanction et la défense est devenue lettre morte.]

ainsi approprié un avantage pécuniaire illégitime. Le tribunal scabinal de Halle se rallia à cet avis et condamna le prévenu à six semaines de prison (!). L'appel interjeté au Landgericht de Berlin fut rejeté; mais dans l'instance en révision, le Kammergericht de Berlin annula le jugement. Le défenseur expliqua qu'une simple instruction des administrations de chemins de fer ne peut enlever au billet de retour qu'on achète, son caractère de titre au porteur. Tout porteur a donc le droit de le vendre et l'acquéreur acquiert un droit civil au transport.

Je partage complétement cette idée. Un titre au porteur qui n'est tel que dans certaines hypothèses et non dans d'autres, constitue une *contradiction in adjecto*. Si, pour de bonnes raisons, l'administration des chemins de fer, au lieu des billets personnels tels qu'ils sont généralement en usage dans la poste, et tels qu'elle en distribue elle-même sous forme de billets circulaires portant un nom déterminé, juge utile de délivrer des billets au porteur, elle ne peut restreindre arbitrairement le caractère qui s'y attache pour l'acquéreur. En les achetant, ce dernier acquiert le droit de les utiliser lui-même ou de les céder à un autre, d'après ce qu'il juge convenable. Or, si cela est vrai pour un billet simple, il doit en être de même pour un billet de retour. Qu'importe à cet égard la circonstance que ce billet est utilisé pour l'aller ou bien pour le retour? Une disposition de l'administration du chemin de fer qui défend ce dernier mode d'usage, se met en contradiction avec les principes du droit les plus incontestables; le juge ne doit y avoir plus d'égard qu'aux dispositions des particuliers qui sont contraires au droit. La forme civile qui lui permet de protéger le droit de la personne privée contre un pareil arbitraire administratif, est notre *actio injuriarum*. Il y a une mésestime injurieuse du droit, lorsqu'un voyageur muni d'un billet de retour se voit refuser l'usage de ce billet, pour le retour, par le motif qu'il l'a reçu d'un autre voyageur. En droit, il y était complétement fondé; son

droit est le même que celui de l'acquéreur primitif, et si celui-ci avait l'*act. injur.* du chef de refus non fondé de lui laisser faire le voyage, celui-là doit l'avoir également.

Il est inutile de faire remarquer qu'une administration de chemins de fer ne peut, par ses règlements ou par ses instructions au personnel de service, rendre inefficaces les principes généraux du droit. S'il est vrai que ces instructions doivent être observées par ce personnel, il n'est pas moins certain qu'elles sont sans valeur pour le juge. Et cela s'applique non seulement à l'instance civile, dans le cas où le voyageur qui s'est vu refuser l'usage du billet de retour intente l'*act. injur.*, mais aussi à l'instance criminelle, où il s'agit de savoir si le voyageur, en faisant usage du billet de retour, contrairement aux instructions ci-dessus, s'est rendu coupable de fraude; car ici il manqne la condition de l'avantage pécuniaire *injuste*. On pourrait croire (et les administrations de chemins de fer ne manqueront point de le soutenir) que la question de droit est toute autre lorsque la disposition nulle comme *lex generalis* a été érigée en *lex specialis contractus*, au moyen d'une mention spéciale sur le billet même. Le voyageur, peut-on dire, s'est ici soumis au règlement du chemin de fer. C'est la voie que les administrations ont déjà suivie dans d'autres cas, pour se soustraire aux dispositions incommodes du Code de commerce. Mais le droit objectif met des limites à l'autonomie des parties. A côté des dispositions auxquelles il leur est loisible de déroger par le contrat, il en est d'autres que le droit a érigées tout exprès en règles absolues des contrats, afin de prévenir que l'une des parties n'exploite la dépendance, la contrainte dans laquelle se trouve l'autre partie vis-à-vis d'elle, et d'empêcher ce qu'on pourrait nommer l'*extorsion contractuelle*. Les parties sont libres de conclure ou de ne pas conclure, mais du moment qu'elles concluent, il faut qu'elles observent ces dispositions. Ce sont là des dispositions que la loi a prises pour ainsi dire dans un intérêt de *haute tutelle* sur

les relations civiles, en vue de soutenir le faible contre le fort. Dans les chemins de fer, en présence de la prépondérance énorme que possède l'administration sur les particuliers, cette haute tutelle de la législation est précisément plus que partout ailleurs, indiquée. Pour voir où conduit le principe de la liberté illimitée des contrats en cette matière, un exemple effrayant nous est fourni par l'Angleterre, où les administrations ont exercé contre de simples particuliers s'occupant d'affaires p. ex. des possesseurs de houillères, une contrainte que l'on peut qualifier de véritable despotisme ([95]).

On peut convenir de ces principes et contester néanmoins leur application à la question des billets de retour. Pour moi j'accepte cette application. On me permettra de citer un cas à titre de comparaison. Nous pourrons ainsi, je pense, placer la question dans son vrai jour. A vend à B des titres au porteur; mais il convient avec lui qu'il ne peut point les passer à C, auquel cas il se réserve la propriété. Quel juriste soutiendra que cette réserve est valable, et que A peut revendiquer le titre contre C? Que l'on mette à la place de A l'administration du chemin de fer, à la place de B l'acheteur, à la place de C le tiers acheteur du billet de retour, et notre question est résolue. Pareille restriction telle que celle que l'administration

---

([95]) Je renvoie à l'ouvrage, excellent et très-instructif sous ce rapport, de G. Cohn *Ueber die englische Eisenbahnpolitik* Leipzig 1874-1875. 1883, [Les motifs indiqués ci-dessus suffisent pour réfuter le raisonnement par lequel on a voulu justifier la condamnation prononcée par le *tribunal de Bagnères de Bigorre le* 28 *décembre* 1878 (Pas. fr. 1879. 479 Sirey 1879. 2. 122. Dall. pér. 1879. 3. 88 Pand. chron. VI. 2. 23 en note, et p. 99 note). Il s'agissait de l'organisation toute spéciale d'un train de plaisir à des conditions si favorables que le prix des places pour l'aller et le retour réunis, était inférieur aux prix ordinaires du voyage simple, aller ou retour et des affiches avaient stipulé expressément que les deux coupons ne seraient valables qu'à la condition d'être utilisés par la même personne. « Les compagnies, a-t-on dit, faisaient ainsi au public une faveur « qu'il était libre d'accepter ou de refuser, mais il ne pouvait en profiter « qu'en acceptant les conditions. Il y avait là un véritable contrat. »]

veut imposer à l'acheteur du billet, ne se concilie point avec le caractère du titre au porteur. Elle est contraire à la destination qu'a et que doit avoir ce titre, tout aussi contraire que le serait, en cas de gage, la disposition que la chose engagée ne peut être vendue: *pactio nulla, quasi contra jus posita* (L. 7 § 2 de dist. pign. **20**. 5), ou bien encore la conclusion d'une société dans laquelle l'une des parties aurait tout le bénéfice et l'autre toute la perte. La volonté des parties ne peut faire d'une institution du droit autre chose que ce qu'elle est. Celui qui délivre un titre au porteur, doit passer par les conséquences qui y sont attachées.

La règle que nous croyons devoir repousser dans l'état actuel du droit, peut, à la vérité, être introduite par voie législative, et les administrations de chemins de fer qui s'aperçoivent qu'elles n'atteignent point leur but dans la voie où elles se sont engagées ne manqueront point, sans doute, de faire des tentatives en ce sens. Espérons qu'elles seront inutiles. En cédant à cette pression, la législation tomberait, à mon sens, dans une erreur grave. Examinons de plus près les intérêts qui se trouvent ici en conflit.

D'abord l'intérêt du chemin de fer, de faire monter les recettes. La vente du billet de retour lui fait perdre le prix du billet simple que le voyageur aurait dû prendre. Je conviens que l'intérêt de l'augmentation des recettes du chemin de fer est un intérêt tout-à-fait légitime, car il profite indirectement à tous. Mais cette considération ne saurait suffire dans l'administration des chemins de fer, tout comme elle ne suffit pas dans d'autres branches de l'administration, p. ex. en matière d'impôts, pour justifier des mesures inconciliables avec les principes de la justice et de l'équité, ou qui même évoquent des dangers de nature morale. Mais laissons ces considérations et occupons-nous exclusivement de l'intérêt financier.

Je pose la question : la défense légale d'acheter ou

d'utiliser des billets de retour atteindra-t-elle le but désiré : d'empêcher, en fait, la cession des billets, et d'augmenter ainsi les recettes des chemins de fer? Il faudrait être très-crédule pour le croire. La vente ne se fait pas sous les yeux des employés du chemin de fer, et sur cent, peut-être même sur mille cas, où un voyageur vend son billet, on en compte à peine un seul qui vienne à la connaissance de l'administration du chemin de fer. On peut mettre des entraves au trafic organisé des billets de retour, tel qu'il est établi dans quelques grands centres; il est impossible d'y mettre fin. Les gens qui s'y livrent sont trop retors pour se faire prendre. A leurs affidés dans les hôtels : portiers, valets de chambre, garçons, les administrations de chemins de fer devraient offrir une prime plus forte que la commission qu'ils reçoivent; ce serait le moyen de les gagner. Or, l'avantage réel d'une pareille mesure serait absolument dérisoire en comparaison de celui qu'on aurait en vue. Vaudrait-il les frais au prix desquels il serait obtenu? Je n'en crois rien.

Au point de vue de la *forme juridique*, la mesure constituerait une faute grave contre la nature des titres au porteur. L'idée fondamentale, bien simple, qui jusqu'ici a régi cette institution se trouverait sacrifiée. Quelque peu porté que je sois à tenir compte de cette objection dans le cas où des motifs pratiques impérieux commandent de s'écarter de la logique du droit, j'estime néanmoins que le législateur ne doit pas créer des singularités et des anomalies. Le maintien de la simplicité et de la logique du droit n'a pas seulement, comme la technique du droit en général[96], un haut intérêt technique, mais un intérêt pratique. Le législateur doit réfléchir mûrement avant de se mettre en contradiction avec cet intérêt. Il faut un intérêt d'une prépondérance tout-à-fait décisive pour justifier de pareilles exceptions.

---

[96] V. Esprit du D. R. III. p. 20 s.

Or, il n'en est pas ainsi dans le cas actuel; les difficultés législatives les plus importantes s'opposent, au contraire, à la mesure. La première est son manque d'équité. Pour l'acheteur du billet de retour empêché d'utiliser lui-même ce billet, il s'agit, non pas de faire un *gain* illégitime, mais d'éviter une *perte*. Sa prétention vis-à-vis de l'administration, tendante à permettre à une autre personne de voyager avec son billet, à sa place, est parfaitement juste et n'inflige aucun grief; il ne demande que la prestation à laquelle l'administration s'est obligée. Que lui importe de transporter A ou de transporter B?

Pour l'administration du chemin de fer, au contraire, il s'agit, non pas d'éviter un *dommage*, mais de faire un gain, et un gain aux dépens de A. On objecterait à tort que tel est, pour le public, le prix de l'organisation, d'ailleurs si avantageuse, du billet de retour, qui sans cela ne pourrait être maintenue. Cela est faux, tout uniment. L'institution du billet de retour est, sans cette restriction, suffisamment rémunératoire par elle-même, bien qu'elle le soit à un degré moindre. Placée entre le dilemme : abolition complète des billets de retour, ou maintien de ceux-ci avec permission de vendre, aucune administration de chemins de fer n'hésiterait à faire choix. Elles savent par expérience combien les billets de retour favorisent le désir de voyager, combien de voyageurs leur sont ainsi amenés, qui sans cela ne voyageraient point. Elles se nuiraient à elles-mêmes en abolissant une institution aussi fructueuse pour elles, sous le prétexte qu'elle ne donne pas tout ce qu'elle *pourrait* donner. Le minime déchet de tant pour cent causé par les ventes de billets de retour constitue le prix auquel elles doivent payer l'institution. Il est hors de doute que ce déchet est minime. La plupart des voyageurs utilisent eux-mêmes leurs billets de retour et les quelques personnes qui se trouvent empêchées de le faire ne sont pas même toutes en mesure de se mettre à la recherche d'un acheteur.

Il existe une considération plus importante encore que celle que nous venons de faire valoir, et qui place la question à un point de vue que le législateur ne peut négliger. C'est celle de la balance équitable des intérêts contradictoires qui se trouvent en présence (*dommage* d'un côté, *gain* de l'autre). C'est le point de vue pénal. Une loi défendant d'utiliser le billet de retour pris par un autre voyageur aurait pour conséquence que la violation de cette défense devrait être poursuivie comme fraude, d'après le § 263 du Code pénal. Le second acquéreur qui, de fait, passe pour l'acquéreur originaire « ferait naître une erreur, en persua- « dant de l'existence de faits faux, pour se procurer un « avantage pécuniaire illicite. » Nul ne se fera illusion sur le caractère hasardeux de cette conclusion. Une législation criminelle prudente doit éviter avant tout de se mettre en contradiction avec le sentiment juridique naturel, car elle fait alors des dispositions dans lesquelles elle n'a pas le jugement public de son côté et dont elle provoque ainsi, elle-même, la violation. Pareilles dispositions n'ont d'autre appui que la crainte de la découverte de l'infraction et de la répression. Il leur manque l'appui sur lequel doit reposer toute loi pénale proprement dite, à la différence de la simple loi de police : celui du sentiment moral du peuple. Le sentiment instinctif, naturel, du peuple ne pourra jamais comprendre que l'usage d'un titre au porteur de la part d'un autre que l'acquéreur originaire, contienne quelque chose d'immoral. Le juge criminel aurait contre lui la réprobation la plus décidée de l'opinion publique, et c'est une position que la loi doit, autant que possible, lui épargner et s'épargner à elle-même.

A ce point de vue *moral*, s'en ajoute un autre : la considération de la *réalisation pratique de la loi*. Le législateur ne doit point, sans nécessité, prohiber des choses qu'en fait il ne peut régulièrement pas empêcher. C'est l'autorité de la loi en général, et non celle d'une loi isolée qui se trouve atteinte lorsque l'impunité est devenue la règle tandis que la

découverte et la répression ne sont qu'une rare exception. Or, pas n'est besoin de démontrer que cela arriverait par l'adoption de la mesure dont il s'agit. Qui donc peut voir si un voyageur a acheté son billet au guichet ou s'il l'a repris d'un autre? Les gardes vont-ils noter les numéros des billets, et reconnaître les détenteurs originaires? Et d'ailleurs, dans l'hypothèse où cela serait possible, les gardes sont-ils donc, au retour, les mêmes qu'au départ? Un contrôle sur l'acquisition légitime du billet de retour est ici pour ainsi dire impossible. Sur des milliers de cas de contravention, un seul à peine pourrait être établi par l'administration avec assez de certitude pour faire aboutir une poursuite du chef de fraude. Ce seul voyageur contrevenant encourrait alors la peine de la loi, tandis que des milliers d'autres y échapperaient. Il serait le bouc émissaire qui paierait pour tous! Une loi qui doit produire de pareils résultats se condamne elle-même.

Mais il y a plus; elle pourrait se tourner contre l'innocent. C'est une épée à deux tranchants qui peut atteindre l'innocent comme le coupable. Qui garantit à l'acquéreur légitime du billet de retour, qu'il ne sera pas faussement accusé d'utiliser le billet d'un autre? Dans ce cas, il est exposé à se voir exclu du voyage. La sûreté des relations par chemins de fer, qui maintenant est absolue, se trouverait gravement menacée par le droit donné à l'administration du chemin de fer de contester l'acquisition légitime du billet de retour. Nul ne pourrait être sûr que son billet de retour ne sera pas refusé par des gardes trop zélés. La considération du but des chemins de fer, de servir les relations civiles, but qui exige impérieusement leur usage sans obstacles, au moyen de la simple présentation d'un billet, s'opposerait par cela même à la loi projetée. Le billet dont je suis muni en voyage doit me donner la même sûreté que l'argent. Je ne dois pas plus justifier comment j'ai obtenu le billet que je ne dois établir comment je suis en possession de l'argent que j'ai sur moi.

Les considérations qui précèdent démontrent que la défense d'utiliser les billets de retour, pour les tiers acquéreurs, serait une des mesures les plus déraisonnables que le législateur pourrait édicter. Quant à savoir s'il ne doit pas essayer d'arrêter par voie de police et par la voie de dispositions pénales le *commerce organisé* des billets de retour, tel qu'il s'est établi dans quelques endroits, c'est là une autre question que je laisse ouverte, et que l'on peut résoudre affirmativement sans se mettre en contradiction avec les considérations que je viens d'exposer. Pour le public qui voyage, la seule conséquence de cette solution serait que des personnes qui ne sont pas en mesure d'utiliser elles-mêmes leurs billets de retour auraient plus de peine à les vendre. Elles n'en seraient pourtant pas absolument empêchées, et d'après ce qui précède, elles ne doivent même pas l'être. La mesure aurait-elle réellement le résultat désiré, d'arrêter, d'une manière efficace, le commerce organisé? A cet égard, je me suis prononcé ci-dessus (p. 177). Il y aurait un autre moyen très-efficace d'y mettre fin. Que l'administration du chemin de fer dispose que les billets de retour peuvent être rendus à un prix modéré, à la gare de retour, et qu'elle fixe ce prix de manière à compenser l'avantage et la perte entre elle et le voyageur, p. ex. 20 pour cent du prix originaire. Ainsi disparaîtrait pour l'acheteur le désagrément de faire une perte sèche; il retirerait au moins quelque chose, et cette perspective le retiendrait, dans la plupart des cas, de se mettre en quête d'un acheteur privé. Le sacrifice d'argent que l'administration du chemin de fer ferait dans ce cas, lui serait rendu avec usure, car elle retirerait les billets de retour et délivrerait d'autant plus de billets simples. Je crois que, financièrement, elle s'en trouverait mieux que de l'état de choses actuel, car elle aurait paralysé le commerce interlope des billets de retour.

[Les compagnies puissantes qui ont, en France, le monopole

des chemins de fer ont imaginé de faire des tarifs spéciaux qu'elles ont fait homologuer par le pouvoir administratif et qui portent que la vente et l'achat des coupons de retour sont interdits. Il résulte, dit-on, de ces tarifs que nulle personne autre que celle qui a utilisé le coupon d'aller, ne peut utiliser le coupon de retour, que la première ne peut concéder un droit sur le coupon, et que le nouveau détenteur devrait donc être *assimilé* à celui qui entrerait dans les voitures sans billet régulier, fait prévu et puni par la loi générale du 25 juillet 1845. Les tribunaux français ont suivi cette voie et un certain nombre de condamnations ont été prononcées. Mais quelques protestations se sont déjà élevées contre l'extension ainsi donnée à une loi pénale de stricte interprétation (V. le journal *La loi*, 22. 23 novembre 1886, et les observations de Labbé sur l'arrêt de la cour de cassation du 16 décembre 1882 Pas. fr. 1883. 1077 Sirey, 1883. 1.433 V. aussi Pandectes chronol. VI. 1.155 et Dall. pér. 1883. 1.177.)]

TABLE DES TEXTES CITÉS.

TEXTES ROMAINS.

Pages.

Institutes.

2.1 de divisione rerum.

§ **12. 14** 82

4.1 de oblig. quae ex del.

§ **4** 47

4.15 de interdictis.

§ **4** 92

Digeste.

1.16 de officio procons.

9. 3 101

2.1 de jurisd.

2 101

3.2 de his qui not. inf.

6. 7 61

4.2. Quod metus causa.

3 pr. 72

12. 2 . . . . . 28, 72

14. pr. 72

4.3 de dolo malo.

18. 5 119

4.4 de minor.

11 pr. 45

5.1 de judiciis.

18. 1 56

Pages.

5.2 de inoff. test.

6. 2 7

7. 7

8 pr. 7

22 . . . . . 7, 58, 60

31 7

6.1 de reivind.

13 30

14 30

7.1 de usufr.

9. 5 86

62 pr. 86

7.6 Si ususfr.

3 147

8.1 de servit.

7. 38

8 38

14 pr. 148

8.2 de servit. pr. urb.

28 38

32. 1 148

8.3 de servit. pr. rust.

16 . . . . 82, 87

8.5 Si serv. vind.

2. 3 73

Pages.
4. 2 70
6. 6 70
8. 5 . 37, 39, 90, 91, 128, 131
8. 6 . . 36, 37[1], 188, 130
9.2 Ad Leg. Aq.
27. 14 . . . . . 97, 102
27. 25, 26 72
27. 28 . . . . . 51, 72
41 pr. . 31, 41, 52, 158
10.3 Comm. divid.
12. 91
10.4 Ad exhib.
5 pr. 2, 3, 5 45
11.3 de servo corr.
14. 1 62
12.1 de reb. cred.
17 55
12.4 de cond. c. d.
5. 2. 3 101
13.6 Comm. vel contra.
17. 3 . . . . . . 61 [2]
13.7 de pign. act.
3. 45
16.3 Depos. vel contra.
1. 4 61
1. 38. 2, 11, 29, 31, 41, 52, 54
5 pr. 61
17.1 Mandati vel contra.
38 pr. 101
54 pr. 54
18.1 de contr. emt.
6 pr. . . . . . 77[3]
19.1 de act. emti.
25 2, 5, 14, 20, 29, 32, 41, 42, 44, 48, 99, 101, 103
19.2 locati.
15. 2. 128
19.5 de praesc. verb.
16 pr. 45

Pages.
20.1 de pign.
13. 2. 147
16. 3. 101
20.5 de dist. pign.
7. 2 176
21.1 de aed. ed.
1. 2 150
22.1 de usur.
26 . . . . 84, 86
23.3 de jure dot.
9. 3 45
26.7 de admin. tut.
55. 1 . . . . . 61[4]
26.8 de auctor. et cons. tut.
1. 101
28.2 de lib. et post.
18 7
30. de leg. I.
47. 2 101
31. de leg. II.
63 45
32. de leg. III.
41. 2 47
33.1 de ann. leg.
7 101
33.7 de instr. vel instr. leg.
12. 7 47
— 12 84
— 13 85
22 85
34.1 de alim. leg.
14. 3 81
36.4 ut in poss. leg.
5. 27 96
38.5 Si quid in fraud. patr.
1. 8 7
39.2 de damn. inf.
7. pr. 49

(1) Citée par erreur comme L. 6 § 6.
(2) Citée par erreur comme L. 7 § 13 (**3**.6).
(3) Citée par erreur comme L. 16 ibid.
(4) Citée par erreur comme L. 35 § 1 ibid.

Pages.

15. 19 125

40.4 de manum.
44 101

41.1 de adq. rer. dom.
3. 1 . . . . . . 82, 86
5. 3 . . . . 82, 86

41.2 de adq. vel am. poss.
3. 23 . . . . . . 50, 97
10. 1 50
35 92

42.4 Quib. ex caus.
1 50
7. 1 48
— **17** 50

42.8 Quae in fr. cred.
10. 16 28

43.1 de interd.
3 70

43.4 Ne vis fiat.
1 pr.. . . . . . . 93, 96
— 3. . . . . . . 49, 96
3. 2 96
— 3. 49

43.8 Ne quid in loco publ.
1. pr. 1. 35. 36. . . . 69
2 pr. 35
— 5 77
— 9. . . . 11, 31, 35, 105
— 16 35
— 29 127

43.9 de loc. pub.
1 pr.. 94

43.11 de via publ.
1. pr. 94

43.14 Ut in fl. pub.
1. pr. 94

43.15 de ripa mun.
1. pr. 94

43.16 de vi.
1. 6. 32 45
11. 90

Pages.

43.17 Uti poss.
1. 3 92
3. 2 . . . . 90, 92
— 3. 4 90
— 11 . . . . . 67,(5) 69

43.18 de superf.
1. pr. 94, 121

43.19 de itinere.
1. pr 94
3. 11. 94

43.20 de aqua quot.
1. pr 94
— 29. 38 94
— 42 35
3 pr 4

43.24 Quod vi.
1. 2 . . . . . . 59, 73(6)
1. 3 . . . . 73(6)
1. 5-8 83
3. pr. 59, 83
3. 8 83
7. 7 72
11. 14 59
12 59
13. pr. 97
13. 1. 59
— 2 60
— 4 120
15. 1. 91
— 2. 3 59
16 . . . . 59, 97
18 pr. 72
19 60
22. 3 . . . 2, 71, 73, s. 97

43,30 de lib. exhib.
3 pr 62

43.31 de utrubi.
1. pr 45
— 1. 93

44.7 de obl. et act.
9. . . . . 54 ss.
13 57

(5) Citée par erreur comme L. 3 § 2 ibid.
(6) Citée par erreur comme L. 1 § 2.3 Si Serv. (**8** 5).

Pages.

45.1 de verb. obl.
5 pr. 101
101 57
46.3 de solut.
81. 1. 61
47.2 de furt.
11 98
14. 2 98
21. 7. . . . 28, 88, 89
26. 1 . . . . . 98, 119
47.3 de tigno junct.
1. 2 45
47.7 Arb. furt. caes.
8. 2 45
47.8 vi bon. rapt.
2. 18. 27
47.10 de injur.
5 pr. 1, 10
— 2 98
— 4 98
— 6 58
7 pr. 10
— 1 62
13,3 3
— 7 2, 11, 31, 35 s. 42, 44, 82, 97, 107.
14. 91
15. 31 11, 14, 20, 27, 32, 41, 48, 89, 91, 101
— 33 . . . . . 3, 49
17, 2 99
— 10, 11 58
19 . . . . . 3, 49
20 27, 32, 41, 48, 91, 101
23 . . . . . 11, 89, 91
24 . . 2, 11, 31, 43, 89
44 2, 5, 37 ss. 73, 89, 91
49.15 de captiv.
12. 8 47
Code.
7.72 de reb. auct.
10. pr. 125

Pages.

8.17 Quae res pign.
4 147
Gaius.
2. 15 47
3. 186 46
4. 4 46
— 47 . . . . . 57, 61
— 141 94
— 148 92
— 163 70
— 166 69
Paul Sent. rec.
3. 6. 22 86
Théophile.
4. 12. 1 61

LOIS MODERNES.

CODE PÉNAL ALLEMAND.
§ 172. 62
185-200 102
263. 178
360. . . . . . . 114, 161
CODE DE COMMERCE ALLEMAND.
§ 422 107
LOI SUR LES DROITS D'AUTEUR (11 juin 1870).
§ 4. 6 80
7 . . . . 80, 158
ORDONNANCE DU 13 AOUT 1880 (télégraphes).
§ 1 106
LOI BELGE DU 11 JUIN 1883 (téléphones)
Art. 7. 8 107
CODE CIVIL.
Art. 1142. . . . . 117, 143
1382. . . . . 132, 145
1719. 117
1728. 117
1725. . 117, 139, 142, 144
1742. 117
LOI FRANÇAISE du 25 juillet 1845 (chem. de fer) . . 181

TABLE DES MATIÈRES.

		Pages.
I.	Champ d'application de l'*actio injuriarum* dans le droit nouveau	1
II.	État de la doctrine	9
III.	Démarcation entre l'action d'injure concrète et l'action d'injure abstraite ainsi que les autres actions	24
IV.	Conditions légales de la lésion injurieuse d'après les sources	34
V.	Le rapport possessoire comme objet de la lésion injurieuse	63
VI.	La lésion injurieuse en matière de détention	95
VII.	Fonction de l'action d'injure d'après le droit romain, et applicabilité actuelle de cette action	99
VIII.	L'*usus publicus*	105
IX.	Les rapports de voisinage	113
X.	La propriété	145
XI.	Obligation	170
Table des textes cités		.83